

موسوعة القانون المدني المصري

# نظريات العقول

والإرادة المنفردة

دراسة معمقة ومقارنته بالفقه الإسلامي

الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي

الحائز جائزة أخصه الرسائل من جامعة باريس السربون

وجائزة أخصه الأبحاث من معهدنا للعلوم الإنسانية

عميد كلية الحقوق والشرعة بجامعة الكويت سابقا

أستاذ القانون المدني بجامعة القاهرة

والحاضر أمام محكمة النقض



موسوعة القانون المدنى المصرى

# نظريّة العقيدة

والإرادة المنفردة

دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامى

الدكتور عبد الفتاح عبد الباقى

الحائز جائزة أخصى الرسائل من جامعة بايس السربوت

وجائزة أخصى الأبحاث من معهدا للعلوم الإنسانية

عبد كلية الحقوق والشرعة بجامعة الكويت سابقا

أستاذ القانون المدنى بجامعة القاهرة

والماحق أمام محكمة النقض





## بسم الله الرحمن الرحيم

من ثلاثين سنة خلت . وكنت يومئذ في شرح الشباب من عمري . وفي أول عهدي بالاستاذية في الجامعات . افتتحت المجموعة التي استخرت الله أن أكتب بين دفتيها ، والتي اسميتها : « أحكام القانون المدني المصري » . إياول مؤلفاتي باللغة العربية : « التأمينات الشخصية والعينية » . وأتبعته في رحابها بمؤلف ثان صغره بعامين . وهو « عقد الإيجار » .

وكان العزم مني أن أتبع مؤلفي هذين ، في رحاب مجموعتهما . بغيرهما . وإذا كان ذلك لم يتحقق ، فمرده إلى التبعات الجسام التي ألقيت على عاتقي . فإلى جانب الأستاذية التي شرفت بتحمل أعبائها الثقيل ، ليس في مصرنا وحدها ، بل أيضا في السودان والمغرب وليبيا والكويت . توليت مهام العمادة ، ومهام المحاماة . وقضاء التحكيم ، وأخيرا مهام صناعة التشريع على نطاقه الواسع العريض .

على أن تلك التبعات ، على ثقلها ، لم تصرفني عن الكتابة . فقد أخرجت بعد مؤلفي السابقين حصيلة ضخمة بلغت خمسة عشر مؤلفاً . ولم يقدر لهذه المؤلفات أن تنضم لمجموعة « أحكام القانون المدني المصري » ، إما لأن بعضها يتناول موضوعات أعم مما يدخل في رحاب القانون المدني ، وإما لأن بعضها الثاني يقوم على أساس قانون أجنبي . وإما لأن بعضها الثالث قد جاء في صورته الأولية ، دون أن تعاد صياغته في صورة تالية متقنة . وهو المستوى الذي حددته لما أردت له الدخول في رحاب تلك المجموعة من كتاباتي .

وقد حدث ، منذ بضعة أشهر ، أن اتصل بي أخي وزميل الأستاذ أحمد حسن هيكل رئيس محكمة النقض السابق ونقيب المحامين آنذاك . ومعه أحد الأعمام من تلاميذي . عضو نقابة الاستاذ كمال الدين بدر . وشرفاني بأن طلبا مني ، باسم المحامين . وتمشيا مع السنة الحميدة التي سارت عليها نقابتيهم من توفير المراجع القيمة لهم ، الكتابة فيما قدرا أن يعود بالنفع عليهم . وعلى الفكر القانوني كله من بعدهم ، وأخذنا مني العهد بمؤلفين ، أحدهما في

نظرية العقد ، وثانيهما فى المسئولية المدنية ، اعتباراً بالأهمية القصوى لهذين الموضوعين .

وأراى اليوم استشعر السعادة الغامرة إذ أقدم أول الكتاتين ، موفياً بذلك بنصف ما يفرض كاهلى من دين ، داعياً الله أن يمكننى من إنجاز ثانيهما ، فأوفى بالنصف الباقى من الدين .

ولقد كان الاتجاه عندى أن ينضم كتاب اليوم إلى مجموعة « أحكام القانون المدنى المصرى » ، التى بدأت بالكتابة فى رحابها ، ليكون فيها ثالثاً بعد التأمينات والإيجار . ولكننى تبينت ، بعد أن أنجزته ، أننى لو فعلت . ظلمته وظلمت صاحبه . فهو عن مجرد بيان حكم القانون أعم وأوسع . مما جعلنى أتخير له أن يحىء تحت عنوان : « موسوعة القانون المدنى المصرى » .

وقد عنيت ، فى هذا المؤلف ، بأحكام القضاء مصرياً وأجنبياً ، وعنيت على الأخص أشد العناية بأحكام محكمة النقض ، غير واقف عند مجرد السرد ، بل متجاوزاً إياه إلى النقد ، كلما استبان لى لازماً ، وذلك إيماناً منى بأن القانون ليس هو مجرد ما تنطق به النصوص فى المدونات ، بل هو تلك النصوص على نحو ما يتردد به تفسيرها وإعمالها بين جدران المحاكم وفى موسوعات القضاء .

كما إننى حرصت على أن أضمن هذا الكتاب مقارنة الكثير من موضوعاته بأحكام الفقه الإسلامى ، فى حدود ما سمح به المقام . وقد توخيت من ذلك أن يمثل نواة متواضعة لتأصيل نظرية العقد فى الفقه الإسلامى الحنيف .

والغاية التى يستهدفها هذا الكتاب هى أن يكون عوناً فى أداء رسالة الحق والعدل بنصيب وإن قل ، وذلك فى أهم موضوعات القانون المدنى ، بل أهم موضوعات القانون على وجه العموم والشمول . فلأن أفصح الكتاب فى تحقيق غايته تلك ، فقد أدنى لنا كل ما نرجوه منه . وإن قعد عن أدائها ، فحسبنا منه جزاء العاجز الذى بذل فى سبيل تحقيق قصده كل وصمه .

وما توفيقى إلا بالله

عبد الفتاح عبد الباقى

٢٠ يناير سنة ١٩٨٤

# بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## مقدمة

١ - تنقسم الحقوق المالية . بصفة أساسية . إلى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات <sup>(١)</sup> . وهذا هو التقسيم الأسامي الذي يقوم عليه القانون المدني المعاصر ، والذي تتخذه عادة مدوناته في البلاد المختلفة . ومن بينها مصر . منهاجاً رئيسياً في سرد أحكامه <sup>(٢)</sup> .

(١) وتنقسم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية تقسم تقليدي وضع الروم . غوره ، ولا زال القانون المعاصر في مجموعه يسير عليه إلى الآن . وإن كان قد اتسع بعض الشيء ، تحت ظله ، ليشمل نوعاً جدياً من الحقوق ، وهي تلك التي ترد على ثمرة الفكر والخطر والقرينة في جانبها المالي . والتي أطلق عليها في البداية اسم « حقوق الملكية الأدبية والفنية الصناعية » . ثم أخذ الفكر القانوني يعتمد عنه ، مضافاً عليها اسماً آخر ، بعد أن تبين تمايزها واختلافها عن حق الملكية بمفهومه المسمى ، ليقول ثارة « الحقوق المعنوية » وثارة أخرى « الحقوق الذهنية » . وإذا كانت الحقوق المالية التي ترد على ثمرة الفكر والخطر والقرينة تنقسم في ذاتها بأهمية لا تجمع - وهي من بعد أهمية تزايدت على مر الأيام - نتيجة التقدم المطرد في العلم والفن والأدب . إلا أنها مع ذلك لا تتناسب البتة في أهميتها مع فرعي التقسيم التقليدي الكبيرين : الحق العيني والحق الشخصي أو الالتزام . من أجل ذلك لم يمس ظهور تلك الحقوق في دنيا القانون جوهر هذا التقسيم التقليدي العتيق . وإن تطلب شيئاً من التحفظ في شأنها ، وهو ما أردناه بعبارة « بصفة أساسية » في قولنا ، في المتن ، إن الحقوق المالية تنقسم ، بصفة أساسية ، إلى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات .

(٢) ولعل مدونة القانون المدني الألماني تعتبر رائدة في هذا المجال . فيبعد أن أفردت كتاب الأول لها أوردته تحت عنوان « القسم العام » ، تناولت أحكام نظرية الالتزام في كتاب الثاني ، لتخصص بعد ذلك كتابها الثالث للملكية وغيرها من الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية ، تحت عنوان « قانون الأشياء » . وجاءت مدونة القانون المدني المصري بعد ذلك ، تنقسم قسمين رئيسيين ، يتضمن أولهما أحكام الحقوق الشخصية أو الالتزامات ، ويتناول ثانيهما أحكام الحقوق العينية ، وذلك بعد أن بدأت بنصوص ضمنها الأحكام القانونية العامة ، وأوردتها فيما أطلقت عليه « باب تمهيد » . وحذت مدونة القانون المدني السوري ومدونة القانون المدني العراقي ومدرسة القانون المدني الليبي حذو مدونة القانون المدني المصري في النهج الذي اتبعته في سرد أحكامها .

٢ - والحق العيني سلطة يقررها القانون لشخص معين على شيء محدد بذاته . يكون له . بمقتضاها . أن يفيد منه مباشرة . في حدود معينة يرسمها القانون .

والصفة الأساسية التي يتسم بها هذا الحق هي أن صاحبه يفيد من الشيء الذي يرد عليه بطريق مباشر . أي بدون وساطة أحد . فلا يطلب من غير صاحبه أكثر من الامتثال للواجب العام المفروض على الكافة بالامتناع عن التعرض له في مباشرته والإفادة منه . شأن هذا الحق في ذلك شأن سائر الحقوق الأخرى . حيث يترتب . على مجرد تقريرها لأصحابها ، تحمل الكافة بواجب عدم التعرض لهم في مباشرتها واستخلاص ثمارها . وهكذا لا يظهر في الحق العيني إلا صاحبه . والشيء أو العين التي يرد عليها . ومن هنا جاءت تسميته بالحق العيني . اعتباراً بأنه حق في العين *ius in rem* .

٣ - أما الحق الشخصي <sup>(١)</sup> . أو حق الدائنية . كما يطلق عليه أحياناً أو الالتزام . كما يغاب أن يسمى . فقد تعدد المشرع المصري . في القانون

وسارت على الترتيب مدونة القانون المدني الأردني ، من غير كبير خلاف . وأخيراً جاءت مدونة القانون المدني الكويتي - وهي أحدث مدونة مدنية في العالم بأمره - تتبع النهج نفسه . والزام التقسيم التقديري للحقوق المالية إلى شخصية وعينية كسج يقع في سرد الأحكام التي تتضمنها مدونة القانون المدني ، يتشبه تماماً مع منطلق القانون ومقتضيات فنه ، سيما وأن أحكام النوع الثالث الذي جد من الحقوق المالية : لينظم الحقوق المنوية أو الذهنية ، تجد مكانها ، وفقاً لما جرت عليه العادة في الدول المختلفة . ومن بينها مصر . في قانون خاص بها . نظراً لما تنتم به من طابع متميز ، ولما تشبه إليه من دولية تقوى على مر الزمن . والتقسيم التقديري للحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية يتجاوب في مجموعة مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تقسيم الحقوق المالية إلى عين ودين .

(١) اصطلاح « الحق الشخصي » مستمد من الرومان . وإن لم يقولوا به صراحة : فانرومان لم يخلعوا على الحق الذي نحن بصنجه اسم « الحق الشخصي » ، ولكنهم كانوا يطلقون على الدعوى التي كانت تمنح لصاحبه ( الدائن ) ، في سبيل اقتضائه ، اسم « الدعوى الشخصية » *actio in personam* . وعلى مر الزمن : أخذ الحق اسم الدعوى التي تحميه ، فصار يطلق عليه « الحق الشخصي » . ولعل مما ساعد على رسوخ هذا الاصطلاح قيام التقابل على أحسن ما يكون بينه وبين اصطلاح ( الحق العيني ) ، الذي أريد به التعبير عن حق الشخص في الشيء . نظر في هذا المعنى : *Planiol et Ripert* ج ١ نبذة ٤٩٧ .

المدنى الحالي . وبخلاف ما جاء عليه قانوننا المدني القديم <sup>(١)</sup> عدم إيراد تعريف له <sup>(٢)</sup> . تاركاً أمر هذا التعريف للاجتهاد . وقد سارت جمهرة الفقهاء . من قديم . على تعريفه بأنه رابطة أو علاقة قانونية تجمع بين شخصين . بمقتضاها يلتزم أحدهما . ويسر المدين . بأن يؤدي للآخر . ويسمى الدائن . عملاً معيئاً . أو أن يتمتع لصالحه عن أداء عمل معين <sup>(٣)</sup> . وهذا التعريف مستمد من فقهاء القانون الروماني . حيث رأوا أن الحق الشخصي يتضمن أساساً علاقة أو رابطة قانونية *Juris Vinculum* بين طرفين ، هما الدائن والمدين <sup>(٤)</sup> .

(١) عرف القانون المدني المصري القديم الحق الشخصي في المادة ١٤٤/٩٠ منه ، بقوله : « التعهد هو ارتباط قانوني الفرع منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتهدد بمن شيء معين أو بامتناعه عنه » . ولا حظ أن قانوننا القديم أطلق على الحق الشخصي أو الإلزام اصطلاح « التعهد » . وفي ذلك عيب ظاهر . إذ أن لفظ « التعهد » يشير في ذهن تonde الإلزام بالإرادة والاحترام من المدين . وهذا إن صح بالنسبة إلى العقد والإرادة المنفردة . فهو ليس صحيحاً بالنسبة إلى مصدر الأخرى المنشئة للإلزام . لا سيما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب على حساب الغير .

(٢) وهو في ذلك بخلاف ما سارت عليه بعض القوانين الأجنبية كالقانون الألماني ( المادة ٢٤١ ) . والقانون البولوني ( المادة ٣ ) والقانون الهندي ( المادة الأولى ) . ولكنه يسير بعضاً الآخر . كالقانون العراقي والقانون السوري والقانون الليبي والقانون الأردني والقانون الكويتي . ونقد صادف . مشرعة التوفيق عند امتنع : في قانوننا الحالي . عن إيراد تعريف للحق الشخصي أو الإلزام . فمن صناعة التشريع يأتي أن تلجأ النصوص إلى تعريف الأنظمة القانونية ، ما لم تقتضيه ضرورة أو حاجة . فذلك إلى حمل الفقه أخلق . ثم إن تعريف الإلزام لا زال أمراً يثور اختلاف حوله : بعد أن عهد الفقه الحديث إلى نية التعريف التضييقي الذي يقوم على أساس أن الإلزام رابطة بين الدائن والمدين ، وبعد أن أخذ الطابع لسدى للإلزام يفرض وجوده عن حساب طابعه الشخصي . والأول أن يترك أمر هذا الخلاف إلى اجتهاد الفقهاء . لعلهم يسمون إلى حسمه على ضوء ما يتفلسف القانون من أحكام .

(٣) ومن الفقهاء الذين يرفعون الإلزام بأنه رابطة أو علاقة قانونية الإخوة *Mazeaud*

راجع مؤلفه القيم : *Léçons de Droit Civil T. II nos 4, 9et II.*

وانظر أيضاً : *P. Engél, Traité des Obligations en Droit Suisse*

(٤) وقد جاء القانون المدني المصري القديم يعرف الحق الشخصي ، أو الإلزام ، على فرا . « فلهذا الرومان وسارت عليه جمهرة الفقهاء . حيث قصت المادة ٩٠ / ١٤٤ منه بأنه : « التعهد هو ارتباط قانوني الفرع منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتهدد بمن شيء معين أو بامتناعه عنه » .

وتعريف الحق الشخصي أو الالتزام بأنه علاقة أو رابطة قانونية لا يخلو من التقدر . فالحق عموماً . أياً ما كانت طبيعته . لا يمكن أن يكون هو ذات الرابطة التي تجمع بين صاحبه وغيره من الناس . وإن كان يفترض في الغالب من الأحيان <sup>(١)</sup> وجودها . فالرابطة . حيث تنهض أساساً لحق ما . تقوم أولاً بين شخصين . ثم يأتي القانون وينظمها . بفرض حق لأحدهما . وواجب على الآخر . فالرابطة أو الصلة تقوم أولاً بين الزوج وزوجه . مثلاً . ثم يأتي القانون وينظمها بفرض حقوق وواجبات لكل منهما عليه . وإذا أقرضتلك مائة جنيه . قامت بيننا علاقة أو رابطة قانونية أساسها القرض ثم يأتي القانون لتنظيمها . وهو يفعل ذلك . بمنحى حقاً شخصياً قوامه سلطة إلزامك بدفع مبلغ القرض . وبفرض واجب عليك بدفع هذا المبلغ . فالحق ليس هو ذات الرابطة . التي لاتعدو أن تكون الأمر الذي ينظمه القانون عن طريق ترتيب الحقوق والواجبات <sup>(٢)</sup> .

وإذا لم يسغ القول عن الحق عموماً بأنه رابطة أو علاقة بين الأشخاص . فإن هذا القول لم يعد يسوغ . على وجه الخصوص . بصدد الحق الشخصي في ظل القانون المعاصر . ففؤدى اعتبار هذا الحق رابطة بين الدائن والمدين عدم وجوده قبل قيامها . في حين أن القانون المعاصر . وبخلاف ما سار عليه

(١) نقول إن الحق يفترض وجود الرابطة بين طرفيه ، في الغالب من الأحيان . ونريد بهذا التحفظ أن نستفي بعض الحقوق ، وعلى رأسها الحقوق العينية . في الحق العيني ، لا توجد ، في الحقيقة ، رابطة بين صاحبه وغيره من الناس . لأنه مجرد سلطة تنتقل له ، وبطريق مباشر . على الشيء . وعلى أثر تقرير هذه السلطة له . أى على أثر ثبوت الحق له ، يتوجب على الكافة عدم التعرض له فيه . ولا ينبغي أن نرى في هذا الواجب ، المفروض على الكافة ، رابطة تجمع بينهم وبين صاحب الحق كذهب إلى ذلك بعض الفقهاء الذين أطلقوا على فكرتهم مذهب الشخصين ، وعلى الأخص بلانيول **Planiol** وديموج **Demogue** . فهو لا يعدو أن يكون واجب احترام القانون ذاته بعدم الاعتداء على الحقوق بدون نظر إلى أصحابها . فإن اعتصى على الحق العيني بالفعل ، نشأت في هذا الوقت ، لاقبله ، رابطة بين المعتدى وبين صاحب الحق . وهذه الرابطة تنهض أساساً لقيام حق شخصي ، حيث يلتزم المعتدى ، إلى جانب الكلف عن اعتدائه . بتعويض صاحب الحق عما ناله من ضرر من جرأته (راجع في ذلك مؤلفتنا نظرية الحق ، نبذة ٣١) .

(٢) انظر مؤلفتنا نظرية الحق ، نبذة ٤ و ٢٧ .

الرومان . أصبح يسمع . في بعض الأحيان . وإن كانت نادرة . بقيام الحق الشخصي قبل أن يوجد الدائن . وبالتالي قبل أن يتصور وجود رابطة تجمع بينه وبين المدين . والاشتراط لمصلحة الغير والوعد بجائزة دليلان على ذلك . فإذا أمن شخص على حياته . مثلاً : لمصلحة الأولاد الذين سوف يولدون له في المستقبل . كان من شأن ذلك أن تتحمل شركة التأمين فوراً . وقبل ميلاد الأولاد . بالالتزام بدفع مبلغ التأمين . وإذا وجه شخص للمجهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين . تحمل بالالتزام بإعطائها فوراً وقبل القيام بالعمل . أي قبل وجود الدائن .

وإذا كان من الممكن أن يوجد الحق الشخصي قبل أن يوجد الدائن . فإنه لا يسوغ القول بأنه رابطة أو علاقة بينه وبين المدين . لأن العلاقة لا تنبؤ إلا إذا وجد طرفاها . ومادامت العلاقة لم تقيم . كان حرياً بالالتزام . إن كانت هي قوامه . ألا يقوم .

يظهر مما سبق أن تعريف الحق الشخصي بأنه علاقة أو رابطة قانونية بين الدائن والمدين لا يسوغ .

وقد لجأ بعض الفقهاء إلى تعريفه على نحو آخر . فقالوا إنه حالة قانونية أو وضع قانوني *situation juridique* أو نظام قانوني *institution iuridique* يلتزم بمقتضاها شخص بإعطاء شيء معين أو بفعله أو بالامتناع عن فعله<sup>(١)</sup> و<sup>(٢)</sup>.

---

(١) ومن يقولون بهذا التعريف أو ما يقربه : Demogue ( الالتزامات . ج ١ نبذة ٧ ) - عبد الرزاق السبوزي ( الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ١ نبذة ١٤ ) - سليمان مرقس ( نظرية العقد ، نبذة ١٥ ) - أنور سلطان ، ( النظرية العامة في الالتزام . ج ١ نبذة ١٦ ) - Marty er Raynaud ( القانون المدني ، الالتزامات ، نبذة ١٠ ) .

(٢) وقد تبني مشروع القانون المدني المصري هذا التعريف ، فجامد المادة ١٢١ منه تنص بأنه : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن يفعل حقاً عينياً أو أن يفرض بعمل أو يمتنع عن عمل » . ولم يأت هذا النص في القانون . فقد حذف ، تمهيداً مع أصول فن صنة التشريع في تجنب التعميمات بقدر الإمكان ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٢ ص ٩ في الهامش ) ، إذ أن محلها هو كتب الفقهاء . وليس مدونات القوانين .

ولاشك في أن تعريف الحق الشخصي أو الالتزام - بأنه حالة قانونية ينظمها الشخص بمقتضاها بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل ، يفصل سابقه الذي يترتب على اعتبار الالتزام رابطة تجمع بين الدائن والمدين . بيد أنه لا يخلو بسوءه من النقد .

فهو يتضمن . من ناحية أولى ، تجهيلاً لطبيعة الالتزام . فالقول عنه إنه حالة قانونية . أو وضع قانوني أو نظام قانوني . لا يقدم كثيراً في بيان كنهه وطبيعته . فمن الممكن إطلاق هذا الوصف على كل وضع من أوضاع القانون دون تمييز .

ثم إن هذا التعريف . في غمرة رغبة قائلية في إضعاف أثر الرابطة التي تجمع بين المدين والدائن . تمادى في إهمال هذا الطرف الأخير : في حين أن الالتزام يتقرر أصلاً لفائدته . الأمر الذي يحتم وجوده . إن لم يكن عند قيام الالتزام . فعل الأكل . عند تنفيذه . بأداء مضمونه . وليس أدل على عيب التعريف السابق . من ناحية مبالغة في إهمال الدائن ، ليس أدل على ذلك من أن الأخذ به . على إطلاقه . يجعل من واجب الشخص في الامتناع عن ارتكاب جريمة . ومن واجبه في الامتناع عن التعمد على حقوق الغير . التزمين بثقلان كاهله . وليس هذا هو المقصود باصطلاح « الالتزام » . في لغة القانون . فهذا الاصطلاح يفيد واجباً خاصاً يتحمل به المدين . لصالح شخص معين هو الدائن . الذي يتحتم وجوده . إن لم يكن عند قيامه : أو جب . فعل الأكل : عند أدائه (١) .

---

(١) وفي سبين لقاضي العيب الناجم من إهمال الدائن . بشأن بعض الفقهاء ، من القائلين بأن الالتزام حالة أو وضع أو نظام قانوني . إلى ذكره في تعريف الالتزام . ومن هؤلاء من سببر مثلاً Marty et Raynaud ( القانون المدني . الالتزامات نبذة ) . فتسمه عرف . هذا الفقهاء الالتزام بقولهما إنه نظام قانوني *institution juridique* تنصهه ينظم شخص ، يسمى المدين ، إزاء شخص آخر ، يسمى الدائن ، بأداء إيجاب *prestation positive* أو امتناع *abstention* . وتعريف الالتزام على هذا النحو يعتبر . من عيب إهمال ذكر الدائن . إلا أنه يقيه مشوباً بالعيب الآخر ، الذي سبق ذكره في المتن ، وهو عيب التجهيل والغرض .



وإذا لزم تفادى العيدين السابقين ، فانتبا: نعرف الحق الشخصى . من ناحيته الإيجابية . أى باعتباره حقاً . بأنه سلطة تثبت لشخص معين . يلمى الدائن . فى مواجهة شخص آخر : يسمى المدين ، وتمكنه من أن يلزمه بأداء عمل محدد أو بالامتناع عنه . ونعرف الحق الشخصى . من ناحيته السلبية . أى باعتباره التزاماً : بأنه واجب : يتحمل به شخص معين . يسمى المدين ، ويتضمن قيامه بعمل محدد أو امتناعه عنه ، لمصلحة شخص آخر . يسمى الدائن . يكون له سلطة إجباره على أدائه (١) .

ومن هذا التعريف يبين أن الحق الشخصى : أو الالتزام . يستلزم وجود رابطة قانونية بين شخصين . وإن لم يكن ذات هذه الرابطة ، كما سبق لنا أن بينا . وأحد طرفى هذه الرابطة هو ذاك الذى يثبت له الحق ، وهو صاحب الحق . ويسمى : « الدائن créancier » : وثانيهما هو ذاك الذى يتحمل عبء الحق ، أو هو الذى يلتزم بأداء الواجب : ويسمى « المدين أو الملتزم débiteur » .

كما أنه يبين من التعريف أن الحق الشخصى ، أو الالتزام ، يقوم على وجوب قيام المدين . لصالح الدائن ، بأداء عمل معين . أو بامتناعه عن أداء عمل معين . فموضوع هذا الحق هو عمل أو امتناع عن عمل : أو هو عمل إيجابى أو سلبى .

٤ - ولأحد للصور التى يتخذها الحق الشخصى أو الالتزام ، سواء أكان موضوعه عملاً أو امتناعاً عن عمل .

(١) ويلاحظ أن هذا التعريف لا يبرى إلا عن الالتزام . فى صورته المادية المألوفة ، كما يطلق عليه ، فى بعض الأحيان ، « الالتزام الملقى » ، تميزاً له عن « الالتزام الطبيعى » . فالالتزام الطبيعى نوع شاذ من الالتزامات يتسم بأنه لا يتضمن منح الدائن سلطة إجبار المدين على أدائه . بل تكون تهمين به مطلق الحرية فى أن يؤديه أو لا يؤديه . فلا جبر فى تنفيذه ( المادة ١٩٩ / ٢ ) . وبهذه المثابة ، يبرز الالتزام الطبيعى التزاماً ناقصاً . بل إنه ، فى الحقيقة ، لا يعتبر التزاماً ، بل للدلول الحقيق لهذا الاصطلاح ، وإنما هو وسط بين الالتزام . بمداؤه الحقيق ، وبين الواجب الأبدى المسمى .

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التي تتضمن أداء عمل معين : حق المقرض في أن يدفع له المقرض مبلغ القرض ، وحق البائع في أن يدفع له المشتري الثمن ، وحق المشتري في أن يسلمه البائع الشيء المبيع ، وأن يعمل كل مايلزم من جانبه لنقل ملكيته إليه ، وحق المؤجر في أن يدفع له المستأجر الأجرة ، وحق المستأجر في أن يسلمه المؤجر العين المؤجرة ، وحق المخلوم في أن يؤدي له تابعه الخادمة المتفق عليها ، وحق الخادم في أن يدفع له مخدمه أجره . إلى غير ذلك كله من الأعمال التي لا تنتهيها ولا تقع تحت حصر ، والتي تصلح كلها . وأياً ما كانت . لأن تكون موضوعاً لحق شخصي . بشرط أن تكون ممكنة غير مستحيلة . ومعينة أو قابلة للتعين . وغير مخالفة للنظام العام .

وأما الحقوق الشخصية التي يكون موضوعها امتناعاً عن عمل . فثلاثها الحق الذي يثبت لتاجر معين في أن يمتنع شخص آخر عن أن ينافسه بتجارة مماثلة في حى محدد . وحق أحد المسارح في أن يمتنع ممثل معين عن الاشتراك في مسرحيات غيره من المسارح . وحق المؤجر في أن يمتنع المستأجر عن أن يجري في العين المؤجرة تغييراً من شأنه أن يضره <sup>(١)</sup> ، وحق رب العمل في أن يمتنع العامل عن إفشاء أسرارهِ التي يطلع عليها بمناسبة العمل <sup>(٢)</sup> .

يظهر مما سبق أن موضوع الحق الشخصي أو الالتزام . هو عمل أو امتناع عن العمل ، أو هو عمل إيجابي أو سلبي . وقد جرى كثير من الفقهاء : من قديم . على القول بأن موضوع الحق الشخصي يشمل ، فضلاً عن أداء العمل والامتناع عنه ، إعطاء شيء معين . وهم يقصدون بذلك نقل ملكية هذا الشيء أو ترتيب أى حق عيني آخر عليه . فإذا باع شخص لآخر شيئاً . مثلاً ، قالوا إن البائع يلتزم بأن يعطي هذا الشيء للمشتري . بمعنى أنه يلتزم بأن ينقل إليه ملكيته .

(١) راجع المادة ٨٥٠ / ١ .

(٢) انظر في التزام العامل بعدم إفشاء سر رب العمل مؤلفنا : قانون العمل الكويتي ،

وإذا أردنا أن نتمشى مع المنطق القانوني الدقيق ، ظهر لنا أنه لا يوجد في حقيقة الواقع ، التزام موضوعه هو إعطاء شيء بالمعنى الذى حددناه <sup>(١)</sup> . إذن أن نقل الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ، يحدث بفعل القانون نفسه ، إذا توافرت ظروف معينة يحددها ، دون أن يكون للمدين أى دخل في ذات حصوله ، وإن لزم في بعض الحالات ، أن يقوم المدين بعمل معين . لكي تتوافر الظروف المطلوبة . وحتى في هذه الحالات ، نجد أن الشيء الذى يلتزم المدين بأدائه هو عمل معين ، يختلف باختلافها .

ولتوضيح هذا الأمر ، نأخذ على حدة كلا من الحالات التى يقول الفقهاء إنها تتضمن التزاماً بالإعطاء ، مراعين في ذلك طبيعة الشيء الذى يتعلق به الالتزام . وهذه الحالات لا تخرج عن ثلاث : فلما أن يكون الشيء منقولاً معيناً بذاته ، وإما أن يكون منقولاً معيناً بنوعه فقط ، وإما أن يكون عقاراً . في الحالة الأولى ، إذا باع شخص ، مثلاً منقولاً معيناً بذاته ، كحصان معين أو كتاب معلوم ، انتقلت الملكية من البائع للمشتري ، فور تمام البيع ، دون حاجة إلى أن يقوم البائع بعمل ما . فالملكية هنا تنتقل بقوة القانون . بمجرد إبرام العقد ، دون أن يسوغ لنا القول ، إذا أردنا أن نتمشى مع المنطق القانوني الدقيق ، بأن المدين يتحمل بالالتزام بإعطاء شيء ، أو بنقل ملكيته <sup>(٢)</sup> . ولا يصبح هذا القول أن يدهى البعض ، كما فعلت بعض المدونات القانونية نفسها ، ومن بينها مدونة القانون المدنى المصرى في المادة ٢٠٤ ، أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ في ذمة المدين ، ثم ينفذ من تلقاء نفسه وفور نشوئه <sup>(٣)</sup> .

---

(١) أنظر من يقولون بهذا الرأى : Capitant مقدمة القانون نبله ٧٨ - Planiol et Ripert ج ١ نبله ٢٦٥ . وراجع مؤلفنا نظرية الحق ، نبله ٢٨ .

(٢) أنظر في هذا المعنى Mazeaud المرجع السابق ، نبله ١٩ .

(٣) تنص المادة ٢٠٤ مدنى مصرى الملقى على أن : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق حتى آخره ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إحلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وهذا نص عجيب ، بل لعله فريد من العجب . فزوداً أن البائع ، مثلاً ، يتحمل بالالتزام بنقل الملكية المشتري ، ثم يتخذ هذا الالتزام من تلقاء نفسه وفور نشوئه ، بأن يوفى نفسه بنفسه ، في ذات اللحظة التى ينشأ فيها ، ودون أى تدخل -

وفي الحالة الثانية ، إذا باع شخص متقولا معيناً بنوعه فقط . كما إذا باع كمية من القمح أو الأرز ، دون تحديد لذاتيهما : التزم البائع . لا ينقل

من المدين . وما يتناقض مع فكرة الالتزام ، في أبسط مظاهرها ، أن يقال عنه إنه يشتغل بتقاضي . أي أنه يوفى نفسه بنفسه . فالالتزام يشتغل عبءاً على المدين . الأمر الذي يتطلب منه أن يقوم هو بوفائه ، أو في الأقل ، يوفيه غيره عنه . ثم إنه لا يستلزم مطلقاً أن يقال إن الالتزام يولد ويموت في ذات اللحظة التي يولد فيها . والأحرى أن يقال عنه هنا إنه لم يولد أصلاً . وأن يقال بالتالي بأن ثمة التزاماً بنقل الملكية ، أو التزاماً بالإعطاء . كما يسمى ، لم يمتدأ في ذمة المدين . وإنما نقل الملكية قد تم بقوة القانون ذاته ، وبمقتضى العقد نفسه ، وفور انعقاده .

ولقد كان فقهاء الشريعة الإسلامية أكثر تمسكاً مع المخطئ ، بسيرهم على الفكرة التي نادى بها . فبهم ، بالنسبة إلى عقد البيع ، مثلاً . يفرقون بين نقل ملكية الشيء إلى المشتري وبين غير ذلك من الالتزامات التي تترتب في ذمة البائع ، كالتسليم والضمان . ويريدون في نقل الملكية أنه يترتب بحكم العقد . بمعنى أنه يترتب بحكم الشرع . أو في نفقته القانونية المنعقدة بقوة القانون . في حين أنهم يرون أن الالتزامات الأخرى تدخل في « حقوق العقد » ، بمعنى آثاره . بل إن من القوانين المصرية التي تقول إن الالتزام ينتقل الملكية ، أو الالتزام بالإعطاء ينتقل من تلقاء نفسه ، من هذه القوانين ذاتها ما عدا إلى الصواب . للقول إن نقل الملكية يتم بقوة القانون أو بمقتضى العقد . فالقانون المدني الفرنسي ، بعد أن نص في المادة ١٦٨٨ منه ، بأن الالتزام بالتسليم ، الذي يتم بمجرد التراضي ، يحصل الدائن مالاً للشئ ( وهو مبيعات مفرقة في العيب ) ، جاء يقول : في المادة ١٥٨٣ منه ، بصدد عقد البيع : « إن الملكية تنتقل من المشتري بقوة القانون فور التراضي عن الشئ » . والقانون المدني المصري ، بعد أن نص ، في المادة ٢٠٤ منه ، على أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ في ذمة المدين ثم ينتقل من تلقاء نفسه . جاء بدوره بعد ذلك يفوض بالصواب فيقول ، في المادة ٩٣٢ منه : « إن الملكية تنتقل بالعقد ، ويكتفى ، في هذا الصدد ، بأن يحصل المدين بالالتزام بأن يقوم بما هو ضروري لنقل الملكية ( المادة ٤٢٨ ) .

والحقيقة أن النص الصحيح الذي جاء به القانون المدني المصري في المادة ٢٠٤ منه والذي يقضى بأن الالتزام بنقل الملكية . بالنسبة إلى المتقول المدين بالذات والمملوك للالتزام ، ينشأ في ذمة المدين وينتقل من تلقاء نفسه ، بالحقيقة أن هذا النص الصحيح يرجع إلى اعتبارات محض تاريخية . فوجدت في ظل القانون الروماني . ولم يعد لها الآن من أثر .

في ظل القانون الروماني ، كان عقد البيع ، مثلاً ، لا ينتقل الملكية بذاته ، وفور انعقاده . وإنما كان يترتب عليه مجرد التزام شخصي على البائع بنقل الملكية . وكان يترتب ، لانقضاء الملكية بالفعل إلى المشتري ، الاتجاه إلى أحد الأشكال التي يعدها القانون . والتي كانت تتركز في ثلاثة : هي الإهباء *mancipatio* ، والتسليم *traditio* ، وانتزاع القضاء *in iure cessio* . وكان التسليم أهم هذه الطرق الثلاثة ، عملاً . وفي سبيل التحرر من رجعة الشكلية المعقودة ، أخذ الرومان يسهلون ما استطاعوا من -

ملكية المبيع إلى المشتري . ولكن بإفرازه فحسب . حتى إذا ما أفرز المبيع انتقلت ملكيته على الفور . وبقوة القانون .

— واقعة حدوث التسليم ، باعتبارها أمراً يؤدي إلى نقل الملكية . وانتهى بهم الأمر إذ عدم تطبيقه ضرورة حصول التسليم المادي لذات القوة المبيع . ولم في ذلك طرق ثلاثة شيرة تستهدف كلها إسلاس حصول التسليم . وتلك الطرق هي الآتية :

(١) فبدلاً من أن يسلم الشيء بذاته ، أجزأ أن يسلم . بدلاً عنه ، ما يرمز إليه ، أو يحول تسلط عليه . كتسليم مفاتيح المنزل . وهذا ما كان يعرف عندهم بالتسليم باليد الصوية *traditio longa manu*

(٢) وإذا كان الشيء المبيع موجوداً . قبل البيع . في يد المشتري . بسقة أو بأخرى . كما إذا كان مستأجر إياه أو مستعير ، لم يعد ضرورياً أن يعيد المشتري هذا الشيء إلى البائع . ثم يتحول هذا من جديد تسليمه إليه . وإنما أصبح يكفي بأن يستمر المشتري في وضع يده على الشيء ، مقبراً في ذلك صفته من حائز عرشي يجوز لحساب غيره . حائز قانوني يجوز حساب نفسه . وهذا هو التسليم باليد القصيرة *traditio brevi manu*

(٣) وإذا ربي . في النهاية ، تسلب أو لأخر . أن يقل البائع وأضاه يده على الشيء . كما إذا اتفق على أن يستجره أو يستعيره من المشتري . : لم يعد ضرورياً أن يسلم البائع الشيء للمشتري ، ثم يعيده بعد ذلك الذي للأول . وإنما ساع أن يعتبر التسليم وفقاً لقانون . برنير عدم انتقال الشيء مادياً من البائع . اكتفه بتغير صفة حيازته . من صيلة لحساب نفسه . إلى عرشي لحساب المشتري . وهذا ما يطلق عليه التسليم بتغيير سبب الحيازة *constitutum possessorum* هكذا أصبح الرومان لا يتشددون في كيفية حصول التسليم . وإن بقي لديهم في ذوات إجراء ضرورياً لنقل الملكية . إلى جنب الإشبدة والتنازل القفصائي .

ثم جاء القانون الفرنسي القديم يسير في نفس الاتجاه اتفق سار عليه القانون الروماني . فغير مثله يتطلب التسليم لانتقال الملكية . وهو مشه أيضاً يعمل على تبسيط حصوله . إلا أنه فاقه إلى حد بعيد في هذه الناحية الدنية . فقد أضحي يكفي . لا اعتبار التسليم حاصلاً ، وبذلك لا اعتبار بنقل الملكية واقعاً ، أن ينص في العقد على أن البائع قد تغل عن أنبيع . وأن المشتري قد تسلمه . فتضمن العقد شرطاً يفيد ذلك أصبح يعني حصول تسليم الشيء بالبائع . مادياً كان هذا التسليم أم مالياً . ويطلق على هذا الشرط شرط التخلية والتحويل *clause de dessaisine saisine* ودوح الناس في عقودهم عن أن يضمنوه الشرط السابق ، رغبة منهم في التحرر من ربيعة الشكالية . وتيسيراً لانتقال الملكية إلى المشتري ، حتى أصبح . في العمل ، لا يوجد عقد يحلونه . أو يكاد ، وبعبارة أخرى أصبح هذا الشرط من تلك التي تدرج آلياً في العقود دون اتفاق جالس عليها *clausé de style* ، بل يفترض وجوده في العقد إن لم تذكر فيه صراحة . وهذا يكون الفريسيون القضاة قد وصلوا ، في حقيقة الواقع ، إلى جعل الملكية تنتقل بقوة القانون ، وإن ظلوا ، لتبهم الماضي ، ولشدة وطأة القانون الروماني عليهم ،

وفي الحالة الثالثة ، إذا ورد المتصرف بشأن عقار ، فإن نقل ملكيته إلى المتصرف إليه ، يتم أيضاً . كما هو الشأن في الحالتين الأوليين ، بقوة القانون عند إجراء التسجيل ، دون أن يكون للمتصرف أى دور ، بالنسبة إلى ذات حدوث هذا النقل . فكل ما يلتزم به المتصرف هنا هو أداء ما يلزم من جانبه من الأفعال التي تمكن المتصرف إليه من تسجيل التصرف ، كالعمل على التصديق على توقيعه على العقد من مأمورية التوثيق ، إن كان هذا العقد عريفاً ، وكقديم مستندات ملكيته للشيء الذي تصرف فيه .

هكذا يبين أن نقل الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ، يتم دائماً بقوة القانون ، إما بمجرد تمام العقد ( في المنقول المعين بذاته ) ،

---

وتفعل الشهور بالإجلال والقداسة نحوه في عميق نفوسهم ، يصوغون هذا الحكم على نحو يجعله شكلاً لا حقيقة ، متاعاً بمصالح التسليم .

ثم جاءت مدونة نابليون ، في المادة ١١٣٨ منها ، تسجيلاً صادقاً وأميناً للقانون الفرنسي القديم ، في آخر مراحل تطوره ، حيث نصت على أن : « الالتزام بتسليم الشيء يتم بمجرد تراضى الطرفين المتعاقدين - وهو يعمل الدائن مالكا لشيء ، كما يحصل تبعة هلاكه من اللحظة التي كان يجب أن يتم فيها التسليم ، حتى لو لم يحصل التسليم بالفعل ، وذلك ما لم يكن المدين قد أعذر بتسليم الشيء ، حيث تبقى تبعة هلاكه على هذا الأخير » .

ورأى ما في هذا النص من عيب في الصياغة . إذ هو يقول إن الالتزام بالتسليم هو الذي ينقل الملكية .

بيد أن مدونة نابليون حادت بعد ذلك إلى التوضيح السليم ، مقررته ، في المادة ١٥٨٣ منها ، أن الملكية تنتقل بمقتضى ذات العقد وبهوية القانون ذاته *de droit* ، وإن كان ذلك لا يصلح إلا بالنسبة إلى المنقول المعين بالذات ، دون المنقول المعين بالنوع ، ودون العقار . وجاء القانون المدني المصري متأثراً بالقانون الفرنسي ، قاضياً ، في المادة ٣٠٤ منه ، بأن الالتزام بنقل الملكية ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق . ثم عاد ليقول ، في المادة ٩٣٢ منه ، بأن الملكية تنتقل بالعقد .

وكأن كل ما فعله القانون المدني المصري هو أنه خفف من حملة الخطأ الذي وقعت فيه مدونة نابليون ، دون أن يتجنبه بالكلية . فبدلاً من أن يفرق في الخطأ ، فيقول ، حل شرار المدونة لفرنسية ، إن الالتزام بالتسليم هو الذي ينقل الملكية ، قال إن الالتزام بنقل الملكية ينتقلها من تلقاء نفسه .

وإما بتأم العقد وإفراز الشيء ( في المنقول المعين بنوعه فقط ) ، وإما بتأم العقد وتسجيله ( في العقار ) <sup>(١)</sup> .

فالمدين إذن ليس هو الذى يعطى الشيء للدائن . وإنما القانون هو الذى يعطيه لإياه . كل مافى الأمر أن المدين يلتزم أحياناً بإجراء عمل معين . لكى يترتب ذلك الأثر . هذا العمل هو إفراز الشيء . فى حالة المنقول غير المعين بالذات ، وأداء مايلزم لتكوين المتصرف إليه من التسجيل . فى حالة العقار . وفى كلتا الحالتين . يكون موضوع التزام المدين هو أداء عمل .

خلاصة هذا كله أن موضوع الحق الشخصى . حسب المنطق القانونى الدقيق . هو عمل أو امتناع عن عمل . وإذا كان كثير من الفقهاء يزدون . على ذلك . إعطاء الشيء . فإن هذا القول تعوزه الدقة . ومن ثم كان واجباً تجنبه <sup>(٢)</sup> : أو لزم فى الأقل . إذا رغبتا فى أن نظل نساير القديم نعمة . أو لأخرى . أن يكون إعطاء الشيء . حينما نقره موضوعاً لحق الشخصى . أو للالتزام ، إلى جانب العمل أو الامتناع عن العمل ، أن يكون هذا الإعطاء مقصوداً به قيام المدين بعمل معين . يتميز بأنه يستهدف نقل ملكية الشيء . أو ترتيب حق عيى آخر عليه .

٥ - والحق الشخصى يعتبر حقاً . إذا نظرنا إليه من زاوية صاحبه .

(١) وفى جميع هذه الحالات الثلاث ، نفترض . بطبيعة الحال ، أن الشيء مملوك للمتصرف . فإن لم يكن كذلك . فإن الملكية لا تنتقل إلى المتصرف إليه ، إلا إذا حصل إقرار التصرف من المالك الحقيق . فضلا عن توافر الإجراء القانونى المناسب ، إن لزم .

(٢) أنظر من القائلين مناجها الرأى : حشمت أبوستيت ، نظرية الالتزام نبذة ٢٦ - عبد الحميد الصده ، نظرية الحق نبذة ٢٦ . وقد تبين هذا الرأى القانونى الملق المسمى القديم ، حيث حرف الالتزام فى المادة ٩٠ / ١٤٤ منه بقوله : « التمتع هو ارتباط قانونى الفرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناع عنه » .

.. أما القانون الملقى الفرنسى فقد جاء متمشياً مع الفكرة التقليدية التى تجعل من الإعطاء موضوعاً لحق الشخصى . وفى ذلك تنص المادة ١١٠١ مدنى فرنسى على أنه : « العقد انفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء ، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » . أما قانوننا الملقى المصرى الحالى ، فقد غفل غامداً عن تعريف الحق الشخصى أو الالتزام .

أى الدائن . وهو فى نفس الوقت يتمثل واجباً أو التزاماً ، إذا نظرنا إليه من زاوية من يتحمل غرمه ، أى المدين .

وإذا كان موضوع الحق الشخصى هو عمل إيجابى أو سلبى يقوم به المدين ، أو يحجم عن القيام به . برزت لنا أهمية الدور الذى يؤديه هذا الأخير . فالنور الذى يؤديه المدين يفوق كثيراً ، فى الأهمية ، ذلك الذى يؤديه الدائن . ففى حين أن مهمة الدائن تكاد تقتصر على المطالبة بحقه واستيفائه ، نجد العبء ثقيلاً باهظاً على المدين . فهو الذى يؤدي موضوع الالتزام ويتحمل بذلك عباه . وهو الذى يتحمل بالمسئولية إن لم يؤديه . من أجل ذلك جرت العادة من قديم . وفى كل تشريعات الدنيا . على أن ينظر إلى الحق الشخصى من زاوية المدين أكثر من أن ينظر إليه من زاوية الدائن . الأمر الذى أدى بنا إلى أن نرى فيه عبءاً أو واجباً أو التزاماً أو ديناً يثقل كاهل الأول . أكثر من أن نرى فيه نفعاً أو ميزة أو حقاً مقررراً لصالح الثانى . من هنا غلب استعمال اصطلاح « الالتزام obligation »<sup>(١)</sup> على استعمال اصطلاح « الحق الشخصى » .

٦- نخلص مما سبق أن الحقوق المالية ، التى هى قوام قانوننا المدينى المعاصر . تنقسم أساساً إلى نوعين : حقوق عينية وحقوق شخصية . أو التزامات كما يفضل أن تسمى . ولا يدخل النوع الأول من الحقوق فى نطاق دراستنا هنا . فنحن نخصص هذه الدراسة للالتزامات .

وإذا تناولنا هنا الالتزامات بالبحث والدراسة ، فلنأخذ نعالجها داخل نطاق نظرية عامة . فنحن لا نتناول القواعد التى تحكم التزاماً بعينه ، كالتزام

---

(١) الاصطلاح الفرنسى obligation انتهى يقابل ، فى لغتنا العربية ، اصطلاح 'الالتزام' . والنسبة إلى اليوم يفيد نفس المدلول لاصطلاحنا ، كان له ، فى أصل نشأته عند الرومان الأقدمين ، مدلول أكثر صرامة وثقة بالنسبة إلى المدين . فقد كان يفيد آنذاك معنى القيد ، اعتباراً بأن المدين يرضى مقيداً نتيجة تحمله بالالتزام . فكلمة ob-ligatus اللاتينية تفيد القيد . بل إنها كانت تعنى القيد المادى . اعتباراً بأن المدين كان يوضع فى السجن مقيداً بالسلاسل والأغلال ، تحت رحمة الدائن ، الذى كان له أن يسترقه ويبيعه فى السوق . بل كان له أن يقتله ، إذا لم يوف له بما عليه .



البائع بالعمل على نقل ملكية المبيع مثلاً ، أو التزام المشتري بدفع الثمن ، أو التزام المستأجر بدفع الأجرة ، أو التزام المقرض بدفع مبلغ القرض . وإنما نبين الأحكام الأساسية العامة التي تخضع لها الالتزامات في مجموعها . بغض النظر عن ذاتية كل التزام .

ومن هنا تتمس دراستنا بالتعميم والتجريد . فهي تسمو على الجزئيات التي تختلف بالضرورة من التزام إلى آخر . لترتقي إلى الأسس التي تكاد تكون واحدة مشتركة في الالتزامات كلها . أو في الأقل في مجموعة محددة منها .

٧ - وتوجد في القانون المعاصر ، نظرية رائدة للالتزامات . وتمتد جذور هذه النظرية عميقاً في دنيا الماضي . حيث تصل إلى عهد الرومان ، الذين وضعوا أسسها الأولى<sup>(١)</sup> .

(١) ولا نمنى بذلك أنه قد تواجدت لدى الرومان نظرية عامة متكاملة للالتزامات . فكل هذه النظرية لم تقم عندهم في الحقيقة . إذ أنهم قنعوا بتقسيم مصادر الالتزام ، ثم همضوا بعد ذلك لتناول أحكام الالتزامات الناشئة من كل مصدر على حدة ، دون أن يتيموا ذلك بدراسة عامة للالتزامات كلها ، وبغض النظر عن مصدرها ، بغية إبراز القواعد العامة الأساسية التي تحكمها في آثارها وفي انقضاءها . ومع ذلك فإن ما فعله الرومان بتقسيم مصادر الالتزامات ، وبيان كيفية نشأة الالتزامات المختلفة ، يعتبر في حد ذاته أول نواة لنظرية الالتزامات في شكلها المعاصر . وقد تأثرت مدونة نابليون بنهج القانون الروماني ، في تناولها أحكام نظرية الالتزامات . فهي قد تناولت الالتزامات المختلفة ، تحت المصادر المنشئة لها ، بادقة بالالتزامات الناشئة من الاتفاق أو العقد ، ثم بتلك التي تنشأ من مصدر آخر غير الاتفاق ، قاصرة الكلام في آثار الالتزام واثباته وانقضائه على الباب المخصص للالتزامات الأولى ( الباب الثالث من الكتاب الثالث في المواد ١١٠١ إلى ١٣٦٩ ) ، دون ذلك الذي تناول الالتزامات الثانية . وكأن هذه الالتزامات الأخيرة لا تقتضي آثاراً ، ولا تحتاج إلى إثبات ، ولا تنقضي .

والنيج الذي يقتضيه المطلق ، في تناول أحكام نظرية الالتزامات . هو أن تعالج الالتزامات في منشأها ، أي في مصدرها ، ثم تترد أحكامها العامة المشتركة المتعلقة بآثارها وانقضائها ، بغض النظر عن مصدرها ، وهذا ما لجأ إليه القانون الألماني بالفعل ، حيث عرض لآثار الالتزامات كلها ، بغض النظر عن مصدرها . ولكنه وقع في عيب مطلق من نوع آخر . إذ أنه قد تناول آثار الالتزام قبل أن يتناول مصدرها ، وكأن الالتزام يحيا ويميش ، قبل أن ينشأ ويولد !

وخلال القرون العديدة التالية ، وعلى الأخص في قرنتا الحالى والقرنين  
الذين سبقاه . نمت هذه النظرية وتطورت وازدهرت إلى أن وصلت إلينا  
في شكلها الرائع الذى نراها عليه اليوم .

٨- وأهم ما تتميز به نظرية الالتزام أن القواعد التى تدخل في رحابها  
تدم بشئ كبير من الثبات والاستقرار . والسبب في ذلك أن تلك القواعد  
لا تقرر إلا الأسس العامة التى تقوم عليها الالتزامات في مجموعها ، دون أن  
تنطرق إلى الجزئيات والتفاصيل التى تنطوى عليها الالتزامات المختلفة . والتى  
تباين بداهة من التزام إلى آخر . وحظ الأسس العامة التى يقوم عليها  
أى نظام من التطور والتغير أقل بالضرورة من حظ الجزئيات والتفاصيل<sup>(١)</sup> .

ولكن ليس معنى ما سبق أن قواعد نظرية الالتزام هى قواعد أبدية  
خالدة لا يلحقها التغير . فجميع قواعد القانون . كلها وبدون استثناء ، لا يمكن .  
ولا ينبغى لها . أن تكون ثابتة إلى الأبد . وما ذلك إلا لأن الغاية منها هى تنظيم  
الحياة في الجماعة . وتلك الحياة تتغير وتتطور . حتى في الأسس التى تقوم  
عليها . بتغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية . كل ما في الأمر أن  
القواعد التى تدخل في رحاب نظرية الالتزام ، يحكم أنها تتغير على تنظيم

---

== وقد عدلت المدونات اللاحقة . في مجموعها . إن تلاقى العيب الذى وقع فيه المشرع الألف ،  
حيث تبدأ بمصادر الالتزام . ثم تنبها بأثارها وانقضاءها ( راجع Mazeaud المرجع  
سابق ليفة ٣٨ ) . وهذا ما انتهجت مدونة القانون المصرى .

(١) ولكون نظرية الالتزامات لا تتناول إلا الأسس التى تقوم عليها بوجه عام وبإحدى  
الأسس التى تقوم عليها الحياة المالية ، فإنه من الممكن التفكير في توحيد القواعد القانونية التى  
تحكمها . إن لم يكن في كل الدول ، فكل الأقل في المجموعات المتقاربة منها من حيث النظام  
القانونى الذى يسود فيها . ولقد وجدت بالفعل محاولة من هذا النوع بين فرنسا وإيطاليا . انتهت  
بوضع مشروع مدونة الالتزامات والمعقود المشتركة بين فرنسا وإيطاليا في عام ١٩٢٧ . ولم يقد  
هذا المشروع أن يصير مدونة قانونية ، لحض أسباب سياسية . وفي سبيل توحيد قانون الالتزامات  
بين الدول ، أصدر المعهد الأمريكى للقانون والتشريع المقارن ، في سنة ١٩٣٧ ، مشروع مدونة  
دولية للالتزامات .

وحرى بنا ، نحن مشر العرب ، أن نعمل إلى توحيد قانون الالتزامات في دولنا العربية ،  
وبما وأن عددا كبيرا من هذه الدول يسير بالفعل على قانون موحد أو متشابه للالتزامات .

الأسس العامة للمعاملات المالية ، بل للحياة القانونية في مجموعها ، هي أقل  
تغيراً وأميل للثبات والاستقرار من غيرها .

ولمحة ولو سريعة إلى نظرية الالتزام في القانون الروماني وفي القانون  
المعاصر تقود إلينا الدليل واضحاً على أن قواعد تلك النظرية ، وإن اتسمت  
بشيء من الثبات النسبي ، إلا أنها لم تكن بمنأى عن كل تطور أو تغير .

فالأثلة كثيرة على حصول تغيرات جوهرية في نظرية الالتزام على  
مر الزمان . بل إن هذه التغيرات قد شملت طبيعة الالتزام ذاتها . فقد كان  
الرومان يرون في الالتزام رابطة شخصية تجمع بين المدين والدائن . الأمر  
الذي كان يحول دون إمكان تغير أي من طرفيه . فما كان للدائن أن يتزل  
عن حقه لغيره . وما كان يسوغ للمدين أن يحول عبء دينه على شخص  
آخر . يتحمل به مكانه . وقد تغيرت النظرة إلى الالتزام في وقتنا الحاضر .  
فأخذ بصطبغ بصيغة مادية ظاهرة . من شأنها أن تضعف أثر العلاقة بين  
الدائن والمدين ، لتبرز أن الالتزام هو . قبل كل شيء ، مال كغيره من  
الأموال . الأمر الذي جعلنا نسح أولاً بانتقاله من صاحبه إلى غيره . عن  
طريق حوالة الحق . ثم أخيراً من المدين إلى غيره ، عن طريق حوالة  
الدين<sup>(١)</sup> .

٩ - ولنظرية الالتزام أهمية بالغة . إذ هي تعالج ، كما قدمنا . الأسس  
التي تقوم عليها الالتزامات في مجموعها . والالتزامات هي قوام المعاملات  
المالية بين الناس . وقد أدى هذا بالفقهاء إلى أن يروا في نظرية الالتزام  
العمود الفقري للقانون المدني .

بل إن أهمية نظرية الالتزام لا تقتصر على القانون المدني وحده .  
ولنما تعدده إلى كافة فروع القانون الخاص الأخرى<sup>(٢)</sup> . لاسيما القانون

---

(١) ومن التغيرات الأساسية التي طرأت على نظرية الالتزام ذلك الذي لحق مبدأ سلعان  
الارادة في العقود . وسوف نمود إلى ذلك فيما يله ( انظر ما سبقه ، لبقة ٢٧ ) .

(٢) ولقد كان من شأن الأهمية القصوى للأحكام الداخلة في رحاب نظرية الالتزام . وبما  
تسم به من شمول يتجاوز حدود فرع معين من فروع القانون ، أن لجأت بعض الدول إلى أن تب

التجارى . إذ أن تنظيم المعاملات التجارية ، وإن تأثر بالضرورة بما تقتضيه التجارة من أوضاع . إلا أنه منخضع . في أساسه . للقواعد التى تنظم النشاط المالى بين الناس في مجموعه ، أى لقواعد الالتزامات .

ولا تنفك أهمية نظرية الالتزام على فروع القانون الخاص ، بل تعداه إلى فروع القانون العام ، لاسيا القانون الإدارى . فالقانون الإدارى . في تنظيمه للعلاقات التى تقوم بين جهة الإدارة وبين الأفراد . يتخذ قواعد الالتزامات له أساساً . وإن غير فيها وعدل على النحو الذى تقتضيه طبيعة تلك العلاقات . من حيث وجود جهة الإدارة طرفاً فيها . من ناحية ، ومن حيث إن الغاية التى يستهدفها القانون الإدارى ، في تنظيمه تلك العلاقات ، تتركز أساساً في تسيير المرافق العامة على خير وجه وأفضله . من ناحية أخرى .

١٠ - ويتنازع نظرية الالتزام ، عبر تاريخها الطويل . مذهبان : أحدهما يغلب العلاقة القائمة بين طرفي الالتزام . وهذا هو المذهب الشخصى . وثانيهما يغلب موضوع الالتزام ، وهذا هو المذهب المادى ..

فالمذهب الشخصى في الالتزام يرى أساسه في الرابطة التى تجمع بين الدائن والمدين . وهو بذلك يؤدى إلى عدم قيام الالتزام : ما لم يتحدد طرفاه . كما أنه يؤدى إلى استحالة انتقاله من ناحية الدائن . ومن ناحية المدين على السواء .

---

د . تفرد لها مدونة خاصة بها ، إما وحدها وإما مع العقود المسماة ، اعتباراً بأن هذه العقود تشتمل مصدرها الأساسى الغالب . في سويسرا ، صدرت في سنة ١٨٨٦ للالتزامات مدونة خاصة مستقلة أطلق عليها « مدونة الالتزامات » . وإذا كانت هذه المدونة أدخلت فيما بين دقت مدونة القانون المدنى السويسرى ، إلا أنها لازالت تحتفظ باستقلالها وتسلسل موادها . وفي المغرب ، توجد مدونة خاصة بالالتزامات والعقود . يطلق عليها « قانون الالتزامات والعقود » ، وإن تضمنت بعضاً من الأحكام التى لا تدخل في رحابها ، وكذلك الشأن في تونس .

بيد إن أفراد مدونة مستقلة لأحكام الالتزام بوجه عام ليس أمراً ضرورياً . فيمكن هذه الأحكام أن تجد مكانها المرموق بين دقت مدونة القانون المدنى . فالقانون المدنى هو الفرع الأصلى في دونة القانون الخاص ، ومن ثم يمكن لمدونته أن تضم في فسيح رحابها الأحكام القانونية التى من شأنها أن تسرى داخل نطاقه ، كما تسرى في نطاق غيره من فروع القانون الأخرى ، وهي مهمة يضطلع بها بالفعل من قديم في الأغلبية الكبرى من البلاد ، بلغة مجموعة نابليون إلى الآن .

وترجع نشأة المذهب الشخصي إلى القانون الرومانى . حيث رأى فقهاؤه أن الالتزام رابطة قانونية *juris vinculum* ، تجمع بين الدائن والمدين ، كما سبق لنا أن بينا<sup>(١)</sup> . وساد هذا المذهب . بوجه عام . فى القانون الفرنسى . كما ساد فى غيره من القوانين اللاتينية التزعة<sup>(٢)</sup> .

أما المذهب المادى فى الالتزام . فيقوم على تعليل موضوعه على طرفيه . فهو ينظر إلى موضوع الالتزام ، على اعتبار أنه الأمر الجوهري فيه . وهو فى نفس الوقت يضعف من أثر العلاقة التى تجمع بين الدائن والمدين . ومؤدى ذلك أن الالتزام يبرز ، لأعلى اعتبار أنه يثبت لشخص معين قبل آخر . ولكن على اعتبار أنه يتضمن ، قبل كل شئ ، قيمة مالية . الأمر الذى يميز تداوله تداول غيره من الأموال ، فيشترى ويبيع .

وكان لفقهاء الألمان ، وعلى الأخص Geirke ، فضل التبشير بالمذهب المادى والدفاع عنه فى ظل القانون المعاصر . وتأثر القانون الألماني ، فى تنظيمه للالتزامات بهذا المذهب إلى حد كبير . وقد تأثر القانون المندنى المصرى الحالى بلوره بهذه التزعة . ولكن إلى حد معين ، يقل كثيراً عما وصل إليه القانون الألماني . أما قانون الفرنسى . فلزال مثالا غذاً للقوانين التى تسودها التزعة الشخصية ، وإن أضحي لا يخلو من بعض مظاهر المادية .

وإذا تركنا القانون المعاصر جانباً ، ويمعنا وجهنا نحو الفقه الإسلامى . وجدنا الدين فيه تسوده نزعة مادية ظاهرة . لا تنقل عن تلك انترهة المذبة التى تسود الالتزام فى القانون الألماني . فالاعتبار الاسامى فى الدين . عند

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٣ .

(٢) بل إن هذا المذهب رأى له فى ألمانيا ، وهى معقل المذهب المادى فى الالتزام ، نصيراً كبيراً ، حيث دافع عنه الفقيه العالمى Savigny ، حل نحو لا يخلو من الشطط والإسراف . فقد رأى هذا الفقيه الكبير أن الالتزام يتضمن سيادة الدائن على المدين ، بالنسبة إلى مظهر محدد من مظاهر نشاطه . فهو ، عنده ، يثق مع الرق ، من حيث إنه ينطوى على السيادة والتسلط ، وإن اختلفت عنه بالضرورة فى الدوجة والشمول .

فقهاء المسلمين ، هو موضوعه ، حتى أنهم رأوا فيه مالا ، وإن كان حكماً .  
أما طرفا الدين ، وهما الدائن والمدين ، فأهميتهما أقل بكثير . وقد أدت  
التزعة المادية للدين بالفقه الإسلامى إلى أن يجيز انتقال عبء الدين من المدين  
الأصل إلى غيره . عن طريق حوالة الدين <sup>(١)</sup> . كما أدت به إلى القول  
بخلول أخرى كثيرة <sup>(٢)</sup> .

١١ -- تقتضى نظرية الالتزام ، كما سبق لنا أن بينا . رسم الخطوط  
العريضة للالتزامات . ببيان القواعد العامة الأساسية التى تحكمها فى مجموعها .  
دون التعرض للقواعد التفصيلية الخاصة بكل التزام على حدة .

والالتزام شأنه فى ذلك شأن أى نظام قانونى آخر . بل شأن كل كائن  
على وجه البسيطة . يمر بمراحل ثلاث : فهو يولد وينمى ويموت . وتستهدف  
دراستنا هذه تناول الالتزام فى ميلاده أو نشأته ، أو ما يسمى بمصادر  
الالتزام . على أننا لن نعالج فى هذا المؤلف مصادر الالتزام جميعها .  
ولنما نجتزئ منها بأولها وأكثرها شيوعاً وأهمها على الإطلاق . وهو العقد .  
لمحققين به الإرادة المنفردة ، حيث إنه يجمع بينهما كون الإرادة هى  
الأساس فى إنشاء الالتزام ، الأمر الذى يمكن معه أن يدخلها معاً فى رحاب  
ما يمكننا أن نطلق عليه المصدرين الإراديين لنشأة الالتزام . والأمل : معقود  
على أن نتمكن بعونه تعالى من أن نعرض . فى مؤلف ثان . لمصادر الالتزام  
الأخرى . وهى التى يمكن أن نطلق عليها المصادر غير الإرادية . اعتباراً بأنها  
على خلاف من العقد والإرادة المنفردة . تنشأ الالتزام دون مداخل للإرادة .

---

(١) والغريب فى الفقه الإسلامى أنه أجاز انتقال عبء الدين من المدين الأصل إلى غيره ،  
أى حوالة الدين ، فى حين أنه لم يجز فى مجموعته انتقال مزيته من الدائن الأصل إلى دائن آخر ،  
أى حوالة الحق ، فيما عدا حالة الميراث والوصية . على أن ذلك هو رأى الجمهور ، ولم يجمع  
عليه فقهاء المسلمين . فهناك بعض من قال بإمكان انتقال مزية الحق من الدائن إلى غيره . أى حوالة  
الحق . بمقتضى البيع أو الهبة أو حتى الرهن . وعلى رأس هؤلاء فقهاء المذهب المالكنى : زجاج  
على الخفيف ، التصرف 'الإرادى' والإرادة المنفردة ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) ومن هذه الحلول ما قال به فقهاء المسلمين من إمكان وجود الدين حتى لو كان الدائن  
شخصاً لم يتبين بعد ، كما فى الجمالة ، وإن كان هذا مما يصح المدول عنه قبل الشروع فى العمل .  
وعلى الجملة أجاز فقهاء المسلمين الالتزام بالإرادة المنفردة .

## كلمة تمهيدية الالتزام في ميلاده أو مصادر الالتزام

١٢ - لكي ينشأ الالتزام . لابد من وجود مصدر خلقه ، ويبعث الحياة فيه . ولذلك جرت عادة الفقهاء على تناول نشأة الالتزام أو ميلاده تحت عنوان يحمل اسم « مصادر الالتزام » . اعتباراً بأن بيان تلك المصادر يتضمن في ذاته بيان نشأة الالتزام .

ويقصد بمصدر الالتزام الأمر الذي يولده . أو هو ينبوع الذي يستقى منه الالتزام وجوده .

وللى القانون ترجع نشأة الالتزامات جميعاً . فلا قيام لأحد منها . مالم يقره القانون ويعترف به . شأنه في هذا شأن سائر الحقوق والواجبات . المالية منها وغير المالية على السواء .

بيد أن القانون ، وإن كان هو الذي يولد الالتزامات . إلا أنه لا يولدها بطريق مباشر . فهو يعلق قيامها على حدوث وقائع معينة يحددها . فهو لا يقول . مثلاً . إن شخصاً معيناً يتحمل لصالح آخر بالالتزام محدد . ولكنه يقرر قيام هذا الالتزام . إذا كان ثمة اتفاق يقضى به . أو إذا حدثت واقعة أخرى من الوقائع العديدة المختلفة التي بمنحها قوة خلقه . وهكذا فالقانون ، وإن كان مصدر كل الالتزامات . إلا أنه ينزوى إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر . أما مصدرها القريب المباشر . فهو ذات الواقعة التي يتطلب القانون حدوثها لقيامها . والمصدر القريب المباشر هو الذي يقصد عادة باصطلاح « مصادر الالتزام » .

١٣ - ومصادر الالتزام ، بالمعنى الذي انتهينا إليه ، عديدة متنوعة . فالبيع ، مثلاً ، ينشئ التزامات متبادلة على البائع والمشتري . والإنجاز ينشئ التزامات متبادلة على المؤجر والمستأجر . والوعد بخاترة تعطى عن

عمل معين ينشئ في ذمة الواعد التزاماً باعطائها لمن يقوم به . والفعل الخاطئ الذي يؤدي إلى إصابة شخص بضرر ينشئ التزاماً في ذمة مرتكبه بتعويض هذا الضرر . وقيام شخص بترميم جدار مملوك لآخر ، أراد أن ينقض في غيابه . يعمل صاحب الجدار التزاماً بتعويض من رعمه عن كل الخسارة التي لحقت من جراء فعله . أو على الأقل في حدود ما أثرى به صاحب الجدار . والقرابة تؤدي إلى تحمل الشخص الموسر بالالتزام بالنفقة لصالح محتاجين من أقربائه . كل هذه وقائع تؤدي إلى نشأة الالتزام . وغيرها كثير ينتهي عن الحصر والبيان .

وكان طبيعياً ، أمام تعدد الوقائع التي تنشئ الالتزام واختلافها . أن يعد القانونيون إلى ردها إلى أصول تجمع بينها . تمشياً مع منطق القانون ومتنصيات فنه وصناعته .

١٤ - وفي هذا الصدد ، نجد مذهباً تقليدياً . ساد في فرنسا طوال القرن التاسع عشر . ولأزال الكثيرون من فقائها يقولون به حتى الآن ، وإن أخذت أسهم النقد الجارحة تأنيبه من كل جانب . وهذا المذهب يقسم مصادر الالتزامات إلى خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة ثم القانون .

ويقصد بالعقد Contrat توافق إرادتي طرفين على إنشاء التزام أو أكثر في ذمة أحدهما أو في ذمة كليهما . كالبيع والإيجار . أما شبه العقد quasi contrat . فيقصد به عمل مشروع . يقوم به صاحبه بإرادته ويؤدي إلى نفع شخص آخر . من غير أن يكون ملزماً بذلك قانوناً . كما إذا قام شخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر دون أن يطالب منه القيام به أي الفضالة . وكما إذا دفع شخص لآخر ماليس بمستحق عليه . من غير أن يقصد التبرع له بما دفع . ويقصد بالجريمة délit ارتكاب فعل غير مشروع يؤدي إلى إبداء الغير ، عن قصد من صاحبه . أما شبه الجريمة quasi délit . فيقصد به الفعل غير المشروع الذي يحدث ضرراً بالغير والذي يرتكبه صاحبه عن غير عمد . وإنما عن رعونة أو إهمال . أما الالتزامات الناشئة عن القانون la loi فيقصد بها تلك التي تنشأ عن



وقائع أخرى غير ماسبق ذكره ، كالالتزام بالنفقة المقرر لمصالح المحتاجين في ذمة ذوى اليسار من أقربائهم .

وقد قال بهذا التقسيم لمصادر الالتزام بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم في أوائل القرن الثامن عشر . وقد أخذ به على الأخص أشهر فقهاء هذا العصر وهو Pothier . وعن هذا الفقيه انتقل إلى ملونة نابليون .

وكان من شأن تبني مجموعة نابليون للتقسيم الحماسى السابق لمصادر الالتزام أن منحه قوة كبرى جعلت الفقهاء الفرنسيين يجمعون على الأخذ به طوال القرن التاسع عشر . بل لازال بعض الفقهاء المعاصرين منهم يأخذون به حتى الآن . وقد زاد في قوة هذا التقسيم الاعتقاد الذى ساد في القديم من أنه مستقى من القانون الرومانى .

١٥ - وإذا أردنا أن ننضع هذا التقسيم لمصادر الالتزام في الميزان . وجدنا العيب يكتنفه من كل جانب . فليس صحيحاً ، من ناحية ، أن أصله يرتد إلى القانون الرومانى . فالرومان يريثون من وزره . ومن ناحية أخرى . فهو في ذاته فاسد مضمّن في فساد .

فلم يقل الرومان أصلاً بتقسيم مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وإنما هذا التقسيم نسب إليهم ـ بتناً . نتيجة خلط وقع فيه شراح القانون الفرنسى القديم .

فقد قسم الرومان . في مسهل عهد شريعتهم العريقة . مصادر الالتزام إلى نوعين : الجريمة <sup>(١)</sup> delicta والعقد contractus .

---

(١) وكانت الجريمة delicta عند الرومان نوعان : الجريمة العامة الأجنبية delicta publica-crimina ، وهى التى تقابل الجريمة الجنائية في وقتنا الحاضر ، والجريمة الخاصة delicta privata ، وهى التى تقابل الممل غير المشروع الآن . والجريمة العامة تقوم على إثبات فعل يحظره القانون ، ويؤدى ارتكابه إلى الإضرار بمصالح المدينة أو إلى سخط الآلة ، كجريمة الحرب من الجندية أو الخيانة العظمى والاعتداء على الديانة . وكانت السلطة العامة هى التى تتولى الإدعاء في الجريمة العامة . وكانت الدعوى ترفع أمام المحكمة الجنائية . وكانت العقوبة في أغلبها بدنية أو دامة بالجريمة . أما الجريمة الخاصة ، فتقوم عز عن يحظره القانون ، ويؤدى ارتكابه إلى الإضرار بالمصالح الفردية ، كجريمة الاعتداء عن =

وقد دعاهم إلى هذا التقسيم الثنائي ما كان يروونه وقتئذ من أن الأمرين السابقين وحدهما هما اللذان يولدان الالتزام : دون غيرهما من الوقائع والأحداث<sup>(١)</sup> وكان يقصد بالجريمة ، في أول عهد شريعة الرومان . معناها الغابر القديم ، وهو الاعتداء المتعمد المقصود<sup>(٢)</sup> ، اعتباراً بأن هذا الاعتداء يحمل مرتكبه بالدية في بعض الأحيان .

وبعد قليل من الزمان . أذن الرومان لبعض وقائع أخرى متفرقة . غير العقد والجريمة . أن تولد بدورها الالتزام . فكان طبيعياً أن يتسع تقسيمهم لمصادر الالتزام ليشمل تلك الوقائع الجديدة . فأصبح التقسيم ثلاثياً . شاملاً إلى جانب العقد والجريمة : ما أطلقوا عليه « الأسباب المختلفة *variae causarum figurae* »

هكذا انتهى الرومان إلى تقسيم مصادر الالتزام إلى ثلاثة : الجريمة والعقد والأسباب المختلفة . وظل هذا التقسيم معمولاً به عندهم إلى آخر مراحل تطبيق شريعتهم . كل مافي الأمر أن فقيهم الكبير *Gaius* أراد أن ينسق بين الالتزامات التي تنطوي تحت ما أطلق عليه « الأسباب المختلفة » . فراحه أن بعضها يقترب من تلك الناشئة عن الجريمة ، وأن بعضها الآخر يقترب من تلك التي تنتج عن العقد . وذلك على الأخص من حيث الأثر . فأراد أن

---

= رب الأسرة أو أحد أفراد أسرته أو رفيقه *injura* وجريمة السرقة . وكانت الدعوى ، في الجريمة الخاصة ، ترفع من المضرور أمام البريتور المدني وينتس لإجراءات الدعاوى المدنية الأخرى ، وإن كان الجزء عليها يمثل في أداء مبلغ من النقود ، يزيد على مدى الضرر ، ليعضن ، إلى جانب التعويض عنه ، فكرة العقوبة *poena* . وقد أدت نظرة الرومان إلى الأفراد التي تؤدى المصالح الفردية وتؤدى إلى توقيع الجزاء عليها على اعتبار أنها جريمة ، إلى عدم إباحتها إلا في الأمور التي كان يسمح بها القانون مباشرة ويمنعها ، إعمالاً لقاعدة أنه لا جريمة إلا بناء على قانون .

(١) بل إن الرومان لم يصلوا إلى أن يجعلوا من الجرائم والمقود مصادر عامة لنشأة الالتزام . وإنما كانوا يقررون تولد الالتزامات من جرائم معينة بذاتها حدودها عن سبيل الحصر ، وإن أخذ عددها يتزايد على مر السنين .

(٢) وإن كان مضمون الجريمة قد اتسع فيما بعد ، حيث إن جريمة اتلاف الأموال ، التي تقررت بمقتضى قانون *Aquilia* ، مع التعديلات التي أدخلها عليها البريتور ، كانت تشمل ، إلى جانب الاعتداء المتعمد ، ذاك غير المتعمد .

يعبر عن تلك الفكرة . فقال عن الالتزامات الأولى . إنها تتشابه مع تلك التي تنتج بمقتضى الجريمة <sup>(١)</sup> quasi ex delicto وعن الثانية . إنها التزامات تتشابه مع تلك التي تتولد بمقتضى العقد <sup>(٢)</sup> quasi ex contractu واتخذ هذا التفريق مكاناً في مجموعة Justinien

ثم حدث ، في أواخر عهد القانون الفرنسى القديم ، أن وقع تحريف فيما قال به Gaius ومن بعده Justinien . فبدلاً من القول بأن هناك التزامات تتشابه مع تلك الناشئة عن الجريمة quasi ex delicto : قيل إن هناك التزامات تنشأ عن شبه الجريمة ex quasi delicto . وبدلاً من القول بأن هناك التزامات تتشابه مع تلك التي تنتج عن العقد quasi ex contractu . قيل بأن هذه الالتزامات تنشأ عن شبه العقد ex quasi contractu . وهكذا نشأ في لغة القانون اصطلاحان جديداً . هما : شبه الجريمة وشبه العقد . وهما غريبان عن الرومان . وإن جساءة نتيجة تحريف عبارتهم . ذاك التحريف الذى نشأ نتيجة تقديم كلمة (ex) على كلمة (quasi) .

يظهر مما سبق أن تقسيم مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون لا يرجع في أصله للقانون الرومانى . بل هو من خلق بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم .

وإذا صرفنا النظر عن أصل هذا التقسيم إلى الحكم عليه في ذاته . وجدناه

---

(١) قالى الذى كان Gaius يعنيه هنا هو اعتبار الالتزام كما لو كان ناشئاً عن الجريمة ، لا من حيث المصدر فهو لا ينشأ عن جريمة في واقع الأمر ، ولكن من حيث الأثر المترتب على الالتزام ذاته . ففي كلتا الحالتين ، كان يجوز للالتزام ، أن يتجاوز ، في مقداره مدى الضرر الذى لحق الدائن ، اعتباراً بأنه كان يتضمن أيضاً معنى العقوبة . وفي كلتا الحالتين أيضاً ، كان الالتزام يقع على عاتق المدين شخصياً ، فلا يتحمل به وارثه من بعده . وتعبيراً عن هذه الفكرة ، قال Gaius ، عن الالتزامات التي نحن بصددھا ، إن المدين يلتزم بهذا كما لو أنه كان يلتزم بجريمة quasi ex delicto tenetur

(٢) وهنا أيضاً كان Gaius يعنى أن هناك ، إلى جانب الالتزامات الناشئة عن العقد ، التزامات أخرى تتشابه معها في الأثر ، أى التزامات يتحمل بها المدين ، كما لو أنه كان يتحمل بالتزامات ناشئة عن العقد Quasi ex contractu tenetur

فاسداً ممعناً في فسادہ (١) . والعيوب التي تشوبه كثيرة . وأهمها الأمران الآتيان :

١ - ما أطلق عليه (شبه العقد) لا يشبه العقد من حيث إنه يولد الالتزامات . ففي العقد نجد أن الإرادة المتبادلة لطرفيه هي التي تولد الالتزامات الناشئة عنه . فالالتزامات الناشئة عن عقد البيع . مثلاً ، تقوم بسبب أن الإرادة المشتركة لكل من البائع والمشتري ارتضت قيامها . فالقانون هنا يقتصر على تقرير شرعية ما اتجهت إليه تلك الإرادة .

وليس الحال هكذا فيما أطلق عليه (شبه العقد) . فالالتزام الذي تعزى نشأته لهذا المصدر يقوم نتيجة حصول فعل معين . بصرف النظر عن إرادة صاحبه أو غيره في التحمل به . فالفضولي (٢) مثلاً . يتحمل بالالتزام بالمضي في العمل الذي يبدأه إلى أن يتمكن من مجرى لصالحه من مباشرته بنفسه ( المادة ١٩١ ) . كما أنه يلتزم بأن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد ( المادة ١٩٢ ) . ولا يرجع تخممه بهذين الالتزامين إلى انصراف إرادته إلى التحمل بهما ، ولكن إلى مجرد قيامه بالعمل . صحيح أن الفضولي يقصد القيام بالعمل الذي يأتيه ، ولكن الالتزامات التي يتحمل بها لا ترجع إلى رغبته في التحمل بها . فسواء انصرفت إرادته إلى ذلك ، أم أنه يفكر فيه أصلاً . ولا يبق الأمر عند هذا الحد . إذ أن أثر الفضالة لا يقتصر على ترتيب الالتزامات على الفضولي ، بل إنها تحمل رب العمل نفسه بعدة التزامات ، أهمها دفع كل المصروفات الضرورية والنافعة التي أنفقها الفضولي ، وهو في سبيل القيام بالعمل مع فوائدها من يوم دفعها ( المادة ١٩٥ ) . والالتزامات التي يتحمل بها رب العمل لا تمت بصلة إلى إرادته . فهي تثقل كاهله برغم

---

(١) انظر ، في نقد هذا التقسيم Planiol . في مقاله المنشور في rev. critique ١٩٠٤ ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٢) وهو الشخص الذي يتولى من قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك ( المادة ١٨٨ ) . ومثاله أن يلجأ شخص من قصد إلى ترميم جدار مملوك لآخر يريد أن ينقش ، من غير أن يطلب منه ترميمه .

نفة . ومأقلناه عن الفضالة يسرى على دفع غير المستحق ، حيث إنه يترتب عليه التزام المستلم برد مأخذ بغير وجه حق . من غير أن يكون لإرادته أى أثر فى تحمله بهذا الالتزام .

هكذا يبين أن الخلاف أساسى بين العقد وبين ما أطلق عليه ( شبه العقد ) من حيث إنهما ينشئان الالتزام . فى حين أن الأول يقوم على منح الإرادة المشتركة لطرفيه قوة خلق الالتزام ، نجد أن الثانى يقوم على ترتيب الالتزام نتيجة وقوع فعل معين . دون أن يكون للإرادة أى دور فى هذا الترتيب . وإن أمكن أن يكون لها دور فى وقوع العمل نفسه . وإذا كان الأمر هكذا . فإن تشبيه الثانى بالأول يقع فى غير محله .

٢ - والعيب الثانى الذى يوجه إلى التقسيم الذى نحن بصددده يقوم على أنه لا يوجد مبرر معقول للفرقة بين الجريمة وشبه الجريمة ، باعتبار أنهما ينشئان الالتزام . فقصده الإضرار ، الذى هو قوام تلك الفرقة ، لا يهيم فى القانون المدنى . حيث إن هذا القانون يستهدف مجرد التعويض عن الضرر الذى يحدثه الفعل . وذلك بخلاف الحال فى القانون الجنائى ، حيث يستهدف توقيع العقاب على الجانى . زجراً لنفسه . وردعاً لغيره من الناس . فالالتزام بالتعويض ينشأ عن كل فعل خاطئ يضر الغير . بعض النظر عما إذا كان هذا الفعل قد ارتكب عن قصد وعمد . أو كان قد ارتكب عن رعونة وإهمال . ويحدد هذا الالتزام . فى مدهاء . بمقدار الضرر . وذلك فى الحالتين كليهما . فالهه هنا هو قدر جسامه الضرر ، وليس قصد الأضرار<sup>(١)</sup> .

---

(١) ويلاحظ أن الرومان أنفسهم لم يدخلوا فى اعتبارهم قصد الأضرار أو علمه . عند قولهم ينشوء الالتزام بالتعويض عن الجريمة أو ينشوء التزام بالتعويض يشابه ذاك الناشئ عن الجريمة . وإنما الأساس الذى اعتبروه هنا هو وجود نص فى القانون يعتبر الفعل جريمة أو عدم وجود مثل هذا النص . فبعض الجرائم كان يقوم على فعل غير عمدى . ومثال ذلك جريمة إتلاف المال *demnam injuria datum* الذى تقررت بمقتضى قانون *Aquila* فهذه الجريمة ، مع التعديلات التى أدخلها البيتور عليها ، كانت تشمل الإعتداء المتعمد وذات غير المتعمد على حد سواء . ثم إن الأقوال التى اعتبرها الرومان مشابهة للجرائم من حيث إنها تولد مثل =

من كل هذا يظهر أن تقسيم مصادر الالتزام إلى العقد والجريمة وشبه العقد وشبه الجريمة والقانون هو تقسيم فاسد . وكان من شأنه فسادُه أن هجرته أغلب التقنيات التي وضعت بعد المجموعة الفرنسية : حتى تلك التي استوحى بها .

١٦ - وإذا طرحنا جانبا التقسيم التقليدي لمصادر الالتزام ، رأينا أنه يمكن رد تلك المصادر إلى نوعين أساسيين :

أولهما يقوم على الإرادة : من حيث إنها هي التي تولد الالتزام فيه . بمعنى أنها هي التي ترتضى قيام الالتزام . ولا يفعل القانون أكثر من أن يبنى رضائها ذلك . فيقيم الالتزام اعتداداً به . ويطلق على هذا المصدر التصرف القانوني . وهو يشمل التصرف القانوني الصادر من جانب واحد . أى نتيجة الإرادة المفردة . والتصرف القانوني الصادر من جانبين أو إرادتين ، وهذا هو الاتفاق أو العقد .

والنوع الثاني من مصادر الالتزام يقوم على حدوث واقعة معينة يترتب على مجرد حدوثها نشأة الالتزام ، من غير أن يكون لإرادة شخص ما أدنى أثر في ذات قيامه . ومثال ذلك أن يدهم رجل بسيارته شخصاً آخر . فيصيبه بأذى . إذ أن مجرد وقوع الحادثة مع نشأة الضرر عنها . يولد . على سائق السيارة . التزاماً بتعويض المضرور . دون ما دخل لإرادة أى من هذين الشخصين في نشأة الالتزام .

وهكذا نصل إلى أن التقسيم المنطقي لمصادر الالتزام هو تقسيم ثنائي . يقوم على التفرقة بين التصرف القانوني والواقعة القانونية <sup>(١)</sup> . وهو تقسيم

---

= الالتزام بالتعويض كانت تتضمن أفعالا عديدة وأفعالا غير عديدة . ومثال الأولى جبر القاضى أو ظلمه لأحد الخصوم وإلقاء شيء من السكن . راجع في ذلك مؤلفنا : المسؤولية التقديرية من حوادث السيارات وغيرها من الأشياء الخطرة ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة لقسم الدكتوراه في جامعة الكويت عام ١٩٧٢ - ١٩٧٣ .

(١) انظر مؤلفنا : نظرية الحق ، نبذة ١٨٣ .

لا يقتصر على الالتزامات وحدها ، بل يسرى أيضاً على كافة الحقوق والواجبات<sup>(١)</sup> .

١٧ - ويبدو أن هذا التقسيم الثنائي هو الذي راق للمشرع المصري في مدونة القانون المدني الحالية ، وإن لم يصرح في ذات نصوصها بما ينبي عن ذلك . فإذا كانت هذه المدونة لم تتضمن نصاً يحدد مصادر الالتزام أو يقسمها ، مراعاة منها لمقتضيات فن صناعة التشريع<sup>(٢)</sup> . إلا أنها تناولت هذه المصادر بترتيب معين وفي فصول متعاقبة يتم عن أنها تردّها إلى مصدرين

(١) ويقول فقهاء المسلمين بتقسيم مقارب لمصادر الحقوق . فهم يرجعون هذه المصادر إلى ما يطلقون عليه « التصرفات القولية » و « التصرفات الفعلية » . وهم يقسمون بالتصرفات القولية الحالات التي ينشأ فيها الحق نتيجة إرادة ذوي الشأن ، اعتباراً بأن القول أو اللفظ هو الوسيلة الأساسية للتعبير عن تلك الإرادة . أما التصرفات الفعلية ، فهي تلك التي تقوم على فعل الإنسان . ومن الممكن أن نرى ، فيما يطلق عليه فقهاء الشريعة « التصرفات القولية » متطابق مع ما نطلق عليه نحن ، في ظل القانون المعاصر ، « التصرف القانوني » . أما « التصرفات الفعلية » ، فهي تقابل عندنا « الوقائع القانونية » ، دون أن نطبق معها تمام المطابقة . إذ أن التصرفات الفعلية وفق ما يدل عليها اسمها ، هي تلك التي تقع بفعل الإنسان . أما الواقعة القانونية ، في ظل القانون المعاصر ، فتعني كل حدث يقع وينتج عنه أثر قانوني ، دون أن يكون للإرادة دخل في ذات إنتاج هذا الأثر ، وسيان بعد ذلك أن يقع الحدث بفعل الإنسان ، كما إذا دهم رجل بسيارته أحد المارة ، فأحدث به الأذى ، أو أن يكون قد وقع بغير فعله ، وإنما بفعل الطبيعة ذاتها كالولادة والموت والقرابة والجوار ، وهذه هي ما يطلق عليها : الوقائع الطبيعية .

هكذا نرى أن تقسيم فقهاء المسلمين مصادر الحق إلى التصرفات القولية والتصرفات الفعلية يقارب إلى حد كبير تقسيم القانون المعاصر هذه المصادر إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية ، وإن كان لا يتطابق أو يتماثل معه تماماً . انظر في ذلك : منصور مصطفى منصور ، دور الإرادة في تكوين التصرف القانوني ، دروس الدكتوراه في جامعة الكويت ، لعام ١٩٧٢ / ١٩٧٣ . ص ٤ . وقارن أستاذنا السهوي ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، ج ١ ص ٦٩ . ويرى الفقيه السهوي أن التقسيم الإسلامي لمصادر الحقوق إلى تصرفات قولية وفعلية مطابق لتقسيم القانون المعاصر لهذه المصادر إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية ، في حين أن المطابقة ليست تامة كما بينا .

(٢) وفي ذلك يختلف قانوننا المصري الحالي عن قانوننا القديم الذي تضمن في المادة ٩٣ / ١٤٧ منه ترتيباً معيناً لمصادر الالتزام ، وذلك بقوله إن « التصديقات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو من فعل أو عن نص في القانون » . ويلاحظ على هذا النص أنه أغفل الإرادة المنفردة . كما أن اصطلاح « الفعل » الذي تضمنه يتعدّد به العمل غير المشروع والإثراء دون سبب على حساب الغير . وهو بذلك يقابل اصطلاح الواقعة القانونية في لغتنا الحديثة .

أساسيين ، هما التصرف القانوني والواقعة القانونية . فهي تبدأ بالعقد . ثم تتلوه بالإرادة المنفردة ، وهما اللذان يكونان في مجموعهما التصرف القانوني . وبعد ذلك تعرض مدونة القانون المدني للمصادر الأخرى التي ترتد كلها إلى الواقعة القانونية ، فتتکلم في الفعل الضار ، ثم في الفعل النافع ، لتنتهي بالمصدر الأخير الذي جرت العادة على أن يفتى عليه اسم « القانون » .

١٨ - وإذا كان التقسيم الثنائي لمصادر الالتزامات هو الذي يقتضيه المنطق ، إلا أننا . أخذنا بالاعتبارات العملية . سراعاً في دراستنا لتلك المصادر نوعية كل منها . متبعين نفس الترتيب الذي سارت عليه مدونة القانون المدني .

١٩ - هكذا يرسم لنا منهاج دراستنا لمصادر الالتزام . فنبدأ بالكلام في العقد . ثم نتبع بالإرادة المنفردة . ونعقب بالفعل الضار . ثم يحى الفعل النافع أو الإثراء دون سبب على حساب الغير . لينتهي المطاف بالالتزامات التي تعزى نشأتها إلى القانون .

٢٠ - وسوف نجتزئ . في هذا المؤلف ، بتناول العقد والإرادة المنفردة . اعتباراً بأنهما يمثلان المصدرين اللذين يقومان على الإرادة . أى باعتبارهما المصدرين الإراديين في نشأة الالتزام . أما المصادر الأخرى . فسوف نخصص لها مؤلفاً آخر .

٢١ - والعقد هو أهم المصادر المنشئة للالتزام . بل إن المصادر الأخرى مجتمعة لا تتناسب معه بمفرده في الأهمية . فهو ينشئ الأغلبية الساحقة من الالتزامات .

ونعالج نظرية العقد في أبواب أربعة : فنبدأ ، في باب تمهيدى . بالتعريف بالعقد . ثم نعالج . في الباب الأول . قيامه . ونعقب . في الباب الثانى . بآثاره . وننتهى . في الباب الثالث . بالأمور التي قد تطرأ عليه فتزيله . أى انحلاله . وسوف نتبع دراسة نظرية العقد بدراسة نظرية الإرادة المنفردة : باعتبار أنها . لقلة أهميتها نسبياً في إنشاء الالتزام . يمكن إلحاقها بالعقد . ونخصص لذلك الباب الرابع والأخير .



## باب تمهيدى

### فى التعريف بالعقد

٢٢ - تقتضى دراستنا للعقد أن نبدأ بكلمة عنه : تستهدف التعريف به .  
ونلجأ فى هذا المجال إلى بيان المقصود منه : ونحدد أساسه ونطاقه . ونبرز  
أهميته . ثم نتناول بعد ذلك كله التسميات العديدة التى ترد عليه .

### ٢٣ - تعريف العقد :

لم يورد القانون المدنى المصرى تعريفاً للعقد <sup>(١)</sup> . وهو إن توافقت  
ذلك مع بعض القوانين فى الدول المختلفة . فهو يتخالف مع كثرة من  
قوانين أخرى <sup>(٢)</sup> .

ويمكن تعريف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه  
القانون . وهذا هو التعريف السائد فى الفقه المعاصر بالنسبة إلى الجوهر .  
وإن اختلفت العبارة من فقيه لآخر . ولعله يكون من الأدق أن نقول .  
فى تعريف العقد : بأنه ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه  
القانون <sup>(٣)</sup> . وهذا تعريف مستمد من الفقه الإسلامى مع شئ من التعديل .

---

(١) ورد فى مشروع تنقيح القانون انصرى (المادة ١٢٢) تعريف للمقدّم « العقد  
اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها » . ولم يرد هذا  
التعريف فى القانون ، « حتى يتجنب التعريفات بقدر الإسكان فيها لضرورة لتعريفه » .

(٢) تبين أمر التقنيات ، فى الدول المختلفة ، فى شأن تفصيل النصوص تعريفاً للعقد .  
فيمضها سار عليه ، كالتقانون الفرنسى (المادة ١١٠) ، والقانون الإيطالى (المادة ١٠٩٨) .  
والقانون الألمانى (المادة ١٢٥٤) ، والقانون البرتغالى (المادة ٦٤١) ، والقانون الهولندى  
(المادة ١٣٤٩) والمشروع الفرنسى الإيطالى (المادة الأولى) ، ومشروع تنقيح القانون المصرى  
(المادة ١٢٢) ، والقانون اللبناني (المادة ١٦٥) ، والقانون العراقى (المادة ٧٣) والقانون  
الأردنى (المادة ٨٧) ، والقانون الكويتى (المادة ٣١) . والبعض الآخر من التقنيات تجنب  
ليفراد تعريف للعقد ، كالتقانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون المغربى .

(٣) وهذا هو التعريف الذى تحريره للقانون المدنى الكويتى ، وورد فى المادة ٣١ منه .  
وهو فى الحقيقة أدق من التعريف السائد فى الفكر القانونى المعاصر ومؤداه أن العقد اتفاق بين  
شخصين أو أكثر أو توافق إرادتهما على إحداث أثر قانونى . فالأولى أو التوافق لا يكتفى ذاته =

ومن تعريفنا للعقد على نحو ماسبق ، يبين أنه يقوم على أمرين أساسيين :  
توافق الإرادتين أو ارتباط الإيجاب بالقبول ، وهو مايكوّن الإرادة  
المشتركة . أى الرضاء . وهو الركن الركين اللآزم لقيام العقد . والأمر اللآنى  
الذى يقوم العقد عليه هو أن يبتغى به إحداث أثر يرثبه القانون ، أى يتحقق  
بالجبر والإلزام وينطوى على جزاء تكفله السلطة العامة بالقوة عند الضرورة .  
وليس مجرد أثر يبتغى به المخاملة أو التمشى مع مجرد اعتبارات الصداقة  
أو الإنسانية . وسيلان بعد ذلك أن يكون الأثر القانونى المستهدف من العقد  
من طبيعة أو نوعية معينة أو من أخرى . فسواء أن يبتغى بالعقد إنشاء أو نقل  
حق عيى . أو إنشاء حق شخصى أى التزام . أو نقله . أو تعديله أو إنهائه .

والعقد يقوم أساساً على ارتباط إرادتين أو أكثر . فهو لا يقوم حينما  
توجد إرادة شخص واحد . حتى إذا اتجهت تلك الإرادة إلى أحداث أثر  
قانونى . كما إذا أوصى شخص بماله بعد موته لآخر أو وقفه على البر  
والخير . ففي هذه الحالة يقوم تصرف قانونى من جانب واحد . فى حين  
أن العقد هو تصرف قانونى من جانبين : على الأقل .

والغالب أن يقوم العقد بين طرفين . البائع والمشتري ، مثلاً ، فى عقد  
البيع . والمؤجر والمستأجر . فى عقد الإيجار . ولكن لا يوجد نمة ما يمنع

---

لقيام العقد ، ما بقيت الإرادة كامنة فى نفس صاحبها ، لم تتجاوزها إلى العالم الخارجى عن طريق  
التعبير عنها . وهو ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى ، ( الصيغة ) . ثم إنه ينبغى أن يحى القبول  
حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط لسبب أو لآخر . وبعبارة ارتباط الإيجاب بالقبول لأخلق بأن  
تبرز هذين الأمرين كليهما .

وارتباط الإيجاب بالقبول ، كأساس للعقد . قول مستمد من الفقه الإسلامى ، وهو شائع  
على ألسنة رجاله . وأوردته المحلة ( المادة ١٠٣ ) ومرشد الخيران ( المادة ٢٦٢ ) ، كما أوردته  
أخيراً مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة ، الذى أصدره مجلس البحوث  
الإسلامية بالقاهرة ( المادة ٣ ) . وقد أقام القانون العراقى تعريف العقد على ذلك القول ،  
فنقل عن مرشد الخيران ، فى المادة ٧٣ منه ، النص على أن : « العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر  
من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وأخذ القانون الأردنى  
فى المادة ٨٧ منه بالتصريف ذاته مع شئ من الإضافة إليه .

من أن يقوم العقد بين أطراف متعددة ، كما هي الحال في عقد الشركة وعقد القسمة . وفي حلول الطرف الواحد للعقد . لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتعبد الأشخاص الذين يدخلون في تكوينه . ومثال هذه الحالة البيع الصادر من عدة أشخاص للشئ الذي يملكونه في الشيوع . والشراء الذي يعقد لصالح أشخاص متعددين .

يظهر مما سبق أن ارتباط إرادتين على الأقل أمر لازم لقيام العقد . على أنه وحده لا يكفي . فليس كل توافق إرادتين وارتباطهما ينشأ بالضرورة عقداً . وإنما يلزم بذلك أن يتجه هذا التوافق إلى إحداث أثر قانوني ، أي أثر يضمن عليه القانون الجزاء الذي يكفل احترامه بوساطة السلطة العامة . فإن لم يتم توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني ، ما قام ثمة عقد . بالمعنى المقصود بهذا اللفظ في لغة القانون . ومثال هذه الحالة الأخيرة . أن يتفق شخصان على أن يستضيف أحدهما الآخر في داره . أو على وجبة طعام ، أو على أن يوصله بسيارته إلى داره . في كل هذه الحالات وما يشابهها ، لا نكون بصدد عقد ، بالمعنى القانوني لهذا اللفظ ، مادام توافق الإرادتين لم يتجه إلى إحداث أثر قانوني . وإنما قصد التمشي مع واجبات الصداقة أو المحاملات أو الإنسانية فحسب . وسنعود إلى ذلك فيما بعد . عند الكلام في الإرادة باعتبارها لازمة لقيام العقد <sup>(١)</sup> .

وإذا وجب ، لقيام العقد . أن تتفق إرادتان وترتبطا على إحداث أثر قانوني ، فلاهمية بعد ذلك . كما سبق أن بينا . لطبيعة هذا الأثر . فسواء أن يكون إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو زواله .

٢٤ - ومقتضى عدم الاعتداد بطبيعة الأثر القانوني الناتج عن العقد أن يصبح هذا اللفظ ، في معناه ومدلوله . مرادفاً للفظ (الاتفاق) .

والحق أن بعض الفقهاء قد جروا على التفرقة بين هذين الاصطلاحين . فهم يرون في الاتفاق convention توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء

الحق ( كالبيع ينشئ حقاً للبائع والمشتري : وكالإيجار ينشئ حقاً متبادلاً للمؤجر والمستأجر ) ، أو على نقله ( كما هي الحال في الحوالة ) ، أو على تعديله ( كالاتفاق على تقسيط الدين أو على مد أجل الوفاء به ) ، أو على زواله ( كالوفاء ينهى حق الدائن ) . أما العقد *contrat* . فهم يرون فيه توافق الإرادتين الذي يستهدف الأمر الأول وحده . وهو إنشاء الحق ، دون باقى الأمور . وهى نقل الحق وتعديله وزواله . وهكذا فالعقد في نظر هؤلاء الفقهاء أحص وأضيّق نطاقاً من الاتفاق . فهو بالنسبة إليه بعض من كل أو نوع من جنس <sup>(١)</sup> .

ولكن أغلبية الفقهاء سرعان ما نادى ببذ التفرة السابقة بين الاتفاق والعقد . ووصل الأمر بنا . في وقتنا الحاضر . إلى أن نجد إجماع الفقهاء . أو ما يقربه <sup>(٢)</sup> . يقوم على عدم التمييز بين الاتفاق والعقد . وعلى أنهما لفظان مترادفان لمذلول واحد ، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، يرتبه القانون إعمالاً له . أيأ ما كانت طبيعة هذا الأثر ، أى سواء أكان إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم زواله . وأيأ ما كان الأمر ، فإنه ينبغي عدم التزام التفرة السابقة . لانعدام فائدتها أصلاً <sup>(٣)</sup> . وهو الأمر الذي

(١) وقد قال بهذه التفرة بين الاتفاق والعقد كثير من شراح القانون الفرنسى القديم ، لاسيما بوثيه *Pothier* ودوما *Domat* ، وانتقل منهم إلى مدونة نابليون ، التى جاءت تعرف العقد في المادة ١١٠١ منها بقولها : « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطائه شئ أو بعمله أو بالامتناع عن عمله » . وهكذا يرى المشرع الفرنسى أن العقد هو نوع من الاتفاق مقصور في أثره على إنشاء الالتزام .

(٢) أنظر من الفقهاء الحديثين من لازالوا يقولون بالتفرة بين الاتفاق والعقد :

*Hi, L. et J. Mazeaud, Léons de Droit Civil. T. II No. 52.*

(٣) وقد رأى بعض من قالوا بهذه التفرة أن لها أهمية من حيث الأهلية ، زاعمين بذلك أن الأهلية تختلف باختلاف ما إذا كنا بصدد إنشاء الحق ، أى العقد ، أم بصدد نقله أو تعديله أو زواله ، أى بصدد الاتفاق الذى لا يعتبر عقداً . وهذا زعم فاسد لا يوجد أدنى مظهر للصدق فيه . فالأهلية الواجبة في إبرام التصرفات لا تتأثر إطلاقاً بما إذا كنا بصدد إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو زواله ، وإنما هى تتأثر باعتبار آخر قوامه طبيعة التصرف في ذاته من حيث إنه ينطوى ، بالنسبة إلى من يقوم به ، على نفع محض أو على ضرر محض أو على التبادل بين النفع =

يسير المشرع عليه بالفعل : حيث يطلق لفظي « العقد » و « الاتفاق » قاصداً منهما نفس المعنى والمندلول <sup>(١)</sup> . وكذلك يسير العمل عندنا على حذر التفرقة بين العقد والاتفاق ، باعتبارها قائمة على اختلاف الأثر القانوني المترتب على كل منهما ، وإن أخذ يسير على شيء من التفرقة بينهما على أساس آخر . قوامه التمييز بين العقود الأساسية التقليدية الهامة كالبيع والإيجار والوكالة والشركة ، حيث جرت عادة الناس على أن يطلقوا عليها اصطلاح « العقد » . وبين العقود الأخرى كمعد إصلاح سيارة أو ترميم منزل وغيرهما من العقود غير المسماة ، والتي يغلب أن يطلق عليها الناس اصطلاح « الاتفاق » . بيد أن هذا الاتجاه في العمل لم يتبلور بعد . وآية ذلك أن كثيراً من الناس ، حتى القانونيين منهم ، يطلقون على الصنف الثاني من العقود التي بينها عبارة « عقد اتفاق » . وهي عبارة معيبة في الحقيقة ، حيث إنها تجمع بين مترادفين ، يعني أحدهما تماماً عن الآخر .

---

== والضرر . ولاتأثير إطلاقاً بعد ذلك لما إذا كنا بصدد إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم زواله . ويترتب على ذلك أن الأهلية الواجبة تتفاوت في حدود الأثر الواحد للعقد ، بحسب المعيار الذي حددناه . فالأهلية الواجبة لإبرام البيع تختلف عن تلك الواجبة لإبرام الهبة وعن تلك الواجبة لإبرام الإيجار ، في حين أن هذه العقود جميعاً تسبب أثراً واحداً هو إنشاء الحق . بل أن الأهلية الواجبة تختلف في العقد الواحد بالنسبة إلى طرفيه . فالأهلية اللازمة لدى الواهب ، في عقد الهبة ، أشد بكثير من تلك المطلوبة في الموهوب له .

(١) وقد حرص واضعوا المشروع التمهيدى لقانوننا المدني على أن كل تفرقة بين العقد والاتفاق وعلى جعلهما شيئاً واحداً . وكان هذا الحرص هو دافعهم الأساسى لإيراد تعريف للعقد في المادة ١٢٢ من المشروع ، التي جاءت تقول : « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلهما أو إنهاؤها » . فقد جاء في المذكرة الإيضاحية : تبريراً لإيراد هذا التعريف للعقد : « ومهما يكن من أمر ، فقد رأى من المفيد إيراد تعريف للعقد ، ولو يمكن من وراء ذلك سوى أن كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً » . وقد حذف النص السابق ، فلم يأت في قانوننا . والسبب في حذفه هو مجرد التمسك مع فن عمل التشريع الذي يقتضى تجنب التعريفات ما أمكن ( انظر المذكرة الإيضاحية ، ج ٢ ص ١١ في الهامش ) . فهذا الحذف لا يعمى ثباتاً عدم رضاء المشرع بالغاية التي استهدفها النص ، وهي عدم التفرقة بين الاتفاق والعقد .

## ٢٥ - فكرة العقد في الفقه الإسلامي :

أصل معنى لفظ (العقد) في لغتنا العربية هو الربط المحكم<sup>(١)</sup> ، ثم اتسع مدلوله . فشمّل . في اصطلاح الفقهاء ، العهد الذي يأخذ الإنسان نفسه على احترامه . أو بعبارة أخرى ، الأمر الذي يرتضى المرء الالتزام به . اعتباراً بأنه قد قبل أن يربط نفسه به . وعقد النية على الإذعان له .

وقد أدى الأصل اللغوي للفظ (العقد) إلى أن فقهاء الشريعة الأقدمين . في مجموعهم<sup>(٢)</sup> . أطلقوه على كل تصرف من شأنه أن يربط أثراً شرعياً ، ليس فقط في الحالة التي يقوم فيها هذا التصرف على إرادتين ( وهو الحال الوحيد لاصطلاح العقد في القانون المعاصر ) . بل أيضاً في الحالة التي يقوم فيها على إرادة واحدة . وهكذا أضنى الفقه الإسلامي التقليدي وصف (العقد) لبس فقط على البيع أو الإيجار أو الشركة أو القسمة أو غيرها من التصرفات التي تقوم على توافق الإرادتين . بل أضافوه أيضاً على الوصية والوقف والطلاق والعق والبراء من الدين . وهي تصرفات تقوم على إرادة واحدة . أو كما يقول الشرعيون : تصرفات تنعقد بالإيجاب وحده ، دون ما لزوم لأن يلحقه قبول . ولازال بعض من فقهاء الشريعة المعاصرين يسبّرون على ما سار عليه أسلافهم . فيرون عقداً في كل تصرف قانوني . حتى لو كان تصرفاً صادراً من جانب واحد<sup>(٣)</sup> .

بيد أن أغلب فقهاء الشريعة المعاصرين ، وربما يكونون في ذلك قد

---

(١) والعقدة (بالفم) موضع العقد أو الربط ، وهو ما عقد عليه . ومن ذلك قوله جل شانه : ( ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ) . ومعنى ذلك أن الزواج من المطلقة لايجل حتى تنتهي عدتها .

(٢) فهناك في الحقيقة عدد قليل من فقهاء الشريعة الأئمة قصر العقد على التصرف الصادر من جانبين . دون ذلك الناتج من إرادة واحدة . ومن هؤلاء السواق ، أحد فقهاء المالكية ، حيث يقول : « العقود هي ما تنعقد على إيجاب وقبول » . وبذلك خلص إلى أن الطلاق لا يعتبر عقداً .

(٣) انظر في ذلك أساذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم في مقاله ( العقود والشروط والخيارات المنشور في مجلة القانون والاقتصاد .

تأثروا بفقهاء القانون المعاصر . يقصرون اصطلاح ( العقد ) على التصرف القائم على إرادتين ، أى على إيجاب وقبول . دون ذلك الذى لا يتطلب لقيامه إلا إرادة واحدة <sup>(١)</sup> . وأعل من أسبق هؤلاء الفقهاء الأستاذ الكبير أحمد قدرى باشا ، الذى جمع أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات على المذهب الحنفى فى شكل التقنينات الحديثة . أى فى شكل مواد مركزة متسلسلة . على غرار ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية أو المجلد <sup>(٢)</sup> . بلا نعت ولا تخصيص ، وذلك فى مؤلفه الرائع الشهير « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » . فقد عرفت المادة ٢٦٢ من « مرشد الحيران » العقد بقولها « العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وهو نفس التعريف الذى قال به حرفياً القانون المدنى العراقى ( المادة ٨٣ ) . ومن بعده قانون التجارة الكويتى الملغى ( المادة ١٠٣ ) .

ومجلة الأحكام العدلية أو « المجلد » - وهى تقنين رسمى لأحكام الفقه الإسلامى على المذهب الحنفى أوجدته الدولة العثمانية فى عام ١٨٧٦ . وطبق فى الكثير من بلادنا العربية وإن لم يطبق فى مصر - لم تساير هى أيضاً الفقه الإسلامى التقليدى فى خصوص تعريف العقد . فقد قصرت العقد على التصرف القائم على توافق الإرادتين . وبلغه الفقه الإسلامى . على ارتباط الإيجاب بالقبول . فقد جاءت . فى المادة ١٠٣ منها . تقول : « العقد التزام المتعاقدين وعقدهما أمراً . وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول » .

(١) انظر حل وجه الخصوص : على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣٨ - محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ١٧١ - ١٧٣ .

(٢) على أنه يوجد بطبيعة الحال ثمة خلاف أساسى بين ( المجلد ) وبين « مرشد الحيران » . فالمجلد تقنين رسمى أى تشريع ضخم طبق بالفعل فور صدوره فى الجزء الأكبر من الامبراطورية العثمانية ، وإن كان قد كف اليوم عن التطبيق فى جميع البلاد التى كان يعمل فيها . وكان آخرها دولة الكويت ، حيث انتهى تطبيق المجلد فيها فى ٢٥ فبراير ١٩٨١ ، على إثر صدور قانونها المدنى . أما مرشد الحيران ، فهو مجرد تقنين غير رسمى أى أنه لا يرتقى إلى مرتبة التشريع . فهو مجرد اجتهاد فقهى . فهو لم يطبق بصفة رسمية فى أى بلد .

يظهر مما سبق أنه يقصد باصطلاح ( العقد ) ، في الفقه الإسلامي التقليدي كل حالة ينشأ فيها الأثر القانوني عن الإرادة ، سواء أكانت هذه الإرادة واحدة ، أم تعددت بأن توافقت مع إرادة أخرى ، وبعبارة الفقه الإسلامي نفسه ، يقوم العقد سواء أكان ركنه الإيجاب وحده ، أم كان ركنه الإيجاب والقبول معاً . وبهذا يتسع مدلول ( العقد ) في الشرع الإسلامي التقليدي على الأقل ، عن مدلوله في القانون المعاصر : ليقابل فيه مدلول ( التصرف القانوني ) .

#### ٢٦ - أساس العقد :

رأينا أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون لإعماله . ومن هذا التعريف يبين أن أساس العقد ، بمعنى الأمر الرئيسي الجوهري فيه ، هو الإرادة المشتركة لعاقديه . فهذه الإرادة المشتركة هي التي تنشئ العقد وتقيمه ، كما أنها هي التي تحدد آثاره .

على أن دور الإرادة في العقد ، وإن بقي إلى الآن أساسياً ، إلى أنه يسير في اتجاه الاضمحلال والضعف . وذلك حتى بالنسبة إلى إنشاء العقد ، وليس فقط بالنسبة إلى تحديد آثاره . فقد أخذ القانون : تمشياً مع النزعة الاشتراكية التي أخذت تتغلغل في حنايا المجتمع الحديث ، يتدخل في نظام العقد من حيث إنشائه ومن حيث آثاره على السواء . ففي بعض الأحيان . نجد المشرع يلزم شخصاً معيناً بإبرام العقد مع آخر (١) ، كما هو الحال بالنسبة إلى بيع السلع المسعرة . ثم إنه في أحيان أخرى كثيرة . يتدخل فيحدد آثار العقد لمصلحة أحد طرفيه ضد الطرف الآخر . كما هو الشأن على الأخص في عقد العمل . بل إن القانون لم يعد يكتفي بأن يتدخل بذات نفسه في مجال العقود . بالنسبة إلى إنشائها أو إلى ترتيب آثارها ، وإنما نراه

---

(١) وذلك إلى جانب القيد القديم الوارد على دور الإرادة المشتركة في إنشاء العقود ، والمتمثل في فرض المشرع على العاقدين شكلاً معيناً يلتزمان به في بعض الأحيان ، باحترامه ، وإلا بطل عقدهما . وهذا هو شأن العقود الشكلية التي سوف نعرض لها بعد قليل ( راجع ما يأتي : نبذة / ٣١ ) .



يمنح القاضي ، في خصوصها ، سلطة لم تكن له في الماضي ، إلا في عهد  
البريتير الروماني ، وهي من بعد سلطة تتجاوز المؤلف من صلاحيات  
القاضي ، ويتخفى بها القانون تحويله القدرة على تعديل آثار العقد . بل حتى  
إهدارها إذا اقتضت ذلك العدالة والمصلحة . وليس أبلغ هنا من أن نشير  
إلى سلطة القاضي في صدد عقود الإذعان ( المادة ١٤٩ والمادة ١٥١ / ٢ ) .  
وإلى سلطته التي تثبت له إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة ( المادة ١٤٧ / ٢ ) .

وإذا كان القانون يتدخل . بطريق مباشر أو غير مباشر في إنشاء  
العقود وفي تحديد آثارها ، فإنه يعمد بذلك إلى تقييد سلطان الإرادة في  
شأنها . والدلائل توحى بأن هذا التدخل من القانون . وبالتالي انكماش  
مبدأ سلطان الإرادة ، سيزدادان يوماً بعد يوم . حتى إنه يمكننا أن نقول  
بأننا نسبر رويداً رويداً نحو نظام العقد الموجه *contrat dirigé* . ولانريد  
أن نقول : كما ذهب البعض من الفقهاء . نحو العقد الواجب *Contat forcé* .  
ولأهمية دور الإرادة في العقد ، ومدى القيود التي تتوالى على سلطانها  
في خصوصه . نلجأ إلى شيء من التفصيل : وذلك فيما يلي :

#### ٢٧ - سلطان الإرادة في العقود :

الإرادة كما رأينا . أساس التصرف القانوني ، فهي التي تنشئه ، وهي  
التي تحدد أثره . والقاعدة العامة أن الإرادة سيده موفرة السلطان في هذا  
المجال وفي ذلك .

فالأصل أن الإرادة : حينما تنشئ التصرف القانوني ، تعمل متحررة  
من القيود التي تستلزم ورودها في شكل أو في آخر . فيكني في ذلك أن يعبر  
الشخص عن إرادته . بإبرازها إلى العالم الخارجي الملموس . دون ماضورة  
لشيء هذا التعبير في صيغة معينة أو في قالب محدود أو في شكل خاص . فسواء

---

(١) راجع في ذلك :

Josserand, Le contrat forcé et le contrat légal, Dalloz Heb.ch.

5 -- Josserand, Aperçu gén. des tendances actuelles de la théorie du  
contrat.

أن يعبر الشخص عن إرادته في إنشاء تصرف ما باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم باتخاذ أى موقف آخر يدل على حقيقة مقصوده (المادة ٩٠). ولا يقتصر الأمر في سلطان الإرادة على كفايتها في إنشاء التصرف القانوني ، دون تختم مجيئها في شكل أو في آخر . بل إن الأصل كذلك أنها حرة في تحديد أثر هذا التصرف بالنسبة إلى صاحبها . فالقاعدة ، مثلاً ، أن الإرادة المشتركة للبائع والمشتري حرة وفورية السلطان بالنسبة إلى تحديد آثار البيع بينهما .

من هنا وهناك أتى المبدأ الأساسي الذي لازال يسود التصرفات القانونية الداخلة في رحاب القانون الخاص . وهو مبدأ سلطان الإرادة *principe de l'autonomie de la volonté* . ومؤدى هذا المبدأ ، كما بينا . أن الإرادة ، من ناحية ، كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانوني ، دون ما ضرورة تختم ورود التعبير عنها في صورة معينة . أو في شكل خاص . وأنها . من ناحية أخرى . سيدة في تحديد آثار التصرف الذي تجزئ به . وإن كان ذلك في الحدود التي لاتتمس الغير بطبيعة الحال .

ولم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى الشرائع المستمدة من القانون الروماني إلا بعد تطور جد طويل . وذلك . على الأخص . بالنسبة إلى شطره الأول الخاص بكفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف . دون ضرورة مجيئه في شكل أو في آخر .

ففي القانون الروماني القديم . لم تكن الإرادة بذاتها كافية لإنشاء التصرف القانوني . بل كان يلزم لذلك أن يجيء التعبير عنها في شكل من الأشكال التي كان يحددها القانون على سبيل الحصر<sup>(١)</sup> . من هنا جاءت

---

(١) والأشكال التي كان يحددها القانون الروماني ، بالنسبة للتصرفات المولدة لحقوق الشخصية ثلاثة ؛ هي الآتية :

١ - عقد الاستدانة *nexum* ؛ وهو عقد يتم بالسبيكة والميزان .

٢ - العقد الشفوي *verbis* ؛ ويتم بصيغة شفوية تتضمن سؤالاً موجهاً من الدائن للمدين عن قبوله التصديق جواباً موافقاً من هذا الأخير .

٣ - العقد الكتابي *litteris* ؛ ويتم بقيام المدين بقيد الدين في سجل الدائن .

القاعدة الرومانية القديمة التي كانت تقضى بأن الاتفاق المجرد عن الشكل لا ينشئ حقاً ولا يولد دعوى *ex nudo pacto actio non nascitur*

بل إن القول بأن الإرادة . معبراً عنها في الشكل الرسمي . هي التي تنشئ التصرف في القانون الروماني ، هذا القول ، فيه تجاوز ليس بقليل . ففي الحقيقة الأمر الذي كان ينشئ التصرف ، في ظل تلك الشريعة ، هو اتباع طرفيه أحد الأشكال الرسمية . حتى لو كانت إرادتهما في إنشائه معدومة أو معيبة أو مبنية على سبب غير مشروع . فإذا تعهد شخص . مثلاً . بدين عليه لآخر في أحد الأشكال المحددة . نشأ التصرف صحيحاً . وتولد عنه الحق للدائن . حتى إذا كان المدين في تعهده هازلاً غير جاد . أو كانت إرادته مشوبة بغلط أو إكراه أو تدليس ، أو كان السبب الذي دفعه إلى التعاقد معدوماً أو غير مشروع<sup>(١)</sup> . من هنا يمكن القول بأن المبدأ الذي كان يسود القانون الروماني ، لاسيما في عهده القديم . ليس هو سلطان الإرادة . بل سلطان الشكل .

وكان طبيعياً أن يتأذى الرومان من تمسكهم بأهذاب الشكل إلى أخذ المروء الذي وصلوا إليه . فن شأنه أن يعرقل المعاملات ويوقف عقبة في سبيل ازدهار التجارة . وكلما ازداد الرومان حضارة . كلما استشعروا الخرج أكثر وأكثر .

ولذلك عمد الرومان تدريجاً إلى التحرر من ربة الشكل . وإن لم يكن التطور قد انتهى بهم . في هذا السبيل إلى نهاية المطاف . إلا أنهم ساروا فيه شوطاً بعيداً . حتى أنهم وصلوا ، في آخر مراحل القانون الروماني . إلى تقرير رضائية أهم العقود المتداولة بينهم ، وهي البيع والإيجار والوكالة والشركة ، بمعنى أن مجرد تبادل الرضاء كان يكفي لقيامها . دون حاجة

---

(١) انظر في هذا المعنى : محمود أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة سنة ١٩٤٩ . وانظر أيضاً : عبد الرزاق السهري ، نظرية العقد نبذة ٩٠ .

إلى اتباع شكل خاص<sup>(١)</sup>.

وواصل مبدأ رضائية العقود سيره . بعد زوال الدولة الرومانية .  
ووجد في العصور الوسطى أكبر العون من الكنيسة ، التي ما فتئت تنادي  
بضرورة احترام العهود والمواثيق . على أن هذا المبدأ وصل إلى ذروة  
مجده في القرون الثلاثة الأخيرة . أى ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر  
القرن التاسع عشر . ويرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن إلى تفشى  
المذهب الفردى خلالها . فهذا المذهب يقوم - كما نعلم<sup>(٢)</sup> - على تسجيل الفرد  
واعتباره محور القانون وأساسه . وهو إن سجل الفرد . فإنه يجعل فيه  
بالضرورة كل مقوماته ومظاهر حياته . فهو يجعل فيه حياته وحرية  
وحقوقه وتفكيره وإرادته . ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة . فإدام  
الإنسان حراً في نفسه وفي تفكيره . فإن هذا المنطق يؤدي به إلى أن يكون  
حراً في إرادته . بمعنى أن يكون لتلك الإرادة بذاتها أن تقرر . بالنسبة إلى  
صاحبها . الأثر القانوني الذي تراه . وقد أبرز هذه الفكرة Domat . وهو من  
أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم . بقوله : « إذا تمت الاتفاقات ، فكل  
ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها » . ولم ير واضعو  
مجموعة نابليون في فرنسا . لتسجيل مبدأ سلطان الإرادة ، أفضل من  
تبنى عبارة Damat السابقة . فضمنوها المادة ١١٣٤ . التي جاءت تقول

---

(١) وإن جانب تقرير رضائية عقود البيع والإيجار والوكالة والشركة ، وصل الرومان .  
في سبيل تكميلهم من سلطة الشكل ، إلى تقرير صحة نوعين آخرين من العقود ؛ هما الآتيان :  
١ - 'عقود البينة in rei' كمقود القرض والوديعة والمارية ؛ وهي عقود تقوم بصحة ،  
دون حاجة إلى اتباع شكل خاص ، بشرط تسليم الشيء موضوع التصرف ، كبلغ القرض وأثنى  
المودع أو الممار .

٢ - العقود غير المحمية أو غير المعنية . وهذه عبارة تفيد ، في لغة الرومان ، بعض عقود  
محددة وصل الرومان إلى تقرير صحتها ونفاذها ، برغم عدم اتخاذها الشكل القانوني المرسوم لها ،  
وذلك بشرط قيام أحد عاقدتها بتنفيذ التزامه ، إذ كان يحق لهذا العاقد أن يطالب العاقد الآخر  
 بتنفيذ التزامه بدووه .

(٢) انظر مؤلفنا : نظرية القانون ، بقية ١٢ .

« الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها » (١) .

هكذا تتجوز مبدأ سلطان الإرادة بتسجيله في مجموعة نابليون . باعتباره أحد الأسس الكبرى التي تقوم عليها هذه المجموعة . وكان طبعاً أن يجد هذا المبدأ صدقاً قوياً في قانوننا المدني القديم . الذي وضع في مسهل الربع الأخير من القرن الماضي ، وهو قانون منقول في مجموعه عن مدونة نابليون .

هكذا وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى ذروة مجده في فرنسا وفي مصر . إلا أنه أخذ يقلص وينتكس ، ابتداء من القرن العشرين ، تحت تأثير المبادئ الاشتراكية التي أخذت تتغلغل بسرعة في حنايا المجتمع الحديث .

فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة نتيجة طبيعية وملزمة للترعة الفردية . التي تقدر إرادة الفرد وتقرر لها السيادة موفورة كاملة . إلا أنه لا يتفق تماماً مع الترعة الاشتراكية . فأساس الاشتراكية صالح الجماعة لا الفرد . وهي لذلك تعمل ، من ناحية ، على منع تسلط القوى على الضعيف ، عن طريق تقييد إرادة الأول لصالح الثاني ، حتى تصل بهذا ، في التصرفات القانونية ، إلى شيء من المساواة الفعلية بين عاقدتها . ومن ناحية أخرى ، تؤدي الترعة الاشتراكية إلى تقييد إرادة الشخص في إنشاء التصرف القانوني وفي تحديد أثره . إذا تطلب ذلك صالح الجماعة بطريق مباشر . من هنا وهناك توالى القيود على مبدأ سلطان الإرادة مستهدفة : كما سبق لنا أن أجمعنا ، أمرين ، هما الآتيان :

الأول : حماية الجانب الضعيف في التصرف القانوني . وفي هذا المجال يقيد القانون إرادة الجانب القوي بالشكل الذي يمنع به تسلطه على الجانب الضعيف . وأبلغ مثال لذلك في قانوننا المصري عقود الإيجار المتعلقة

---

«Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi (١)

à ceux qui les ont faites».

بالأراضي الزراعية . وتلك المتعلقة بالأماكن . فإلى عهد قريب ، كان للأشخاص كامل الحرية في أن يؤجروا أماكنهم وأراضيهم بالأجرة التي يريدونها وللمدة التي يشاؤون . مادام مستأجروهم يرتضون شروطهم . ثم تدخل مشرعنا في الأمر . رغبة منه في التيسير على الناس في الحصول على مأوى يأويهم وعلى مورد يمكن لهم أن يستملوا منه رزقهم . فحد من حرية الملاك . وفرض عليهم أجرة لا يستطيعون تجاوزها . ومنح للمستأجرين منهم الحق في امتداد إيجاراتهم إلى الفترة التي يريدونها هم . طالما ظلوا يوفون بالتراماتهم . ومن أمثلة القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة حماية الخباب الضعيف أيضاً مانراه في عقد العمل . حيث يقيد القانون إلى حد بالغ من حرية رب العمل في وضع شروط هذا العقد وإنهائه . ومن هذه الأمثلة كذلك عقود الإذعان . وهي تلك التي يضع أحد طرفيها شروطها ولا يقبل مناقشة فيها . ويقتصر دور طرفيها الآخر على مجرد التسليم بهذه الشروط ( المادة ١٠٠ ) . كعقود النقل العام بالطائرات والسفن وعقود التأمين ؛ ففي هذه العقود : يعد القانون من حرية الطرف اتوى . وهو الطرف الذي يمل شروط العقد . لصالح الطرف الضعيف وهو الطرف المذعن . بأن يمنع القاضي سلطة تعديل الشروط التسمية التي قد يشملها العقد أو أن يعنى الطرف المذعن منها . وفقاً لما تقتضيه العدالة ( المادة ١٤٩ ) .

الثاني : حماية صالح الجماعة . وفي هذا المجال ، يعتمد القانون إلى الحد من دور الإرادة في ترتيب الآثار القانونية للتصرفات . ابتغاء وجه الصالح العام بطريق مباشر <sup>(١)</sup> ، ومن أبرز الأمثلة في هذا الصدد مايقضي به قانون الشهر العقاري ( المادة ٩ ) من أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية العقارية لا تنتقل ولا تتغير ولا تزول . نتيجة التصرفات التي تبرم بين الأشخاص .

(١) ومن الحق أن نلاحظ هنا أن حماية الجانب الضعيف في المعاملات تستهدف بدورها الصالح العام ، الذي يقوم بالضرورة على التضامن الاجتماعي بين الناس وتوفير المساواة الفعلية بينهم بقدر الإمكان . إلا أننا نصل بتلك الحماية إلى توفير الصالح العام بطريق غير مباشر . في حين أن الحد من سلطان الإرادة في المجال الذي نحن بصدد دراسته هنا يستهدف توفير صالح الجماعة بطريق مباشر .

إلا بشهر هذه التصرفات بالتسجيل أو بالقيد . على حسب الأحوال .  
فمقد البيع . مثلاً : لم يعد ينقل الملكية العقارية من البائع إلى المشتري .  
حتى فيما بينهما . بمجرد إبرامه . ولو أرادا هما غير ذلك . بل يلزم .  
لحصول هذا الانتقال ، أن يسجل عقد البيع . فهنا نجد القانون من سلطان  
إرادة المتعاقدين ، حتى يوفر للغير الثقة والائتمان في شأن العقارات .

هكذا أخذت القيود تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة . . وهي تزايد  
 يوماً بعد يوم . وإن كانت هذه القيود لم تصل بعد إلى حد إهدار ذلك  
المبدأ . قانعة بأن تقييد بعض الشيء من إطلاقه وبأن ترد استثناء عليه .  
إلا أنها توحى بأننا سبر في اتجاه مبدأ آخر . هو مبدأ التصرف الموجه  
acte dirigé . أى التصرف الذى يحدد القانون أهم شروطه ، ولا يكون  
للأشخاص إلا أن يرتضوه بها أو لا يرتضوه ، دون أن تكون لإرادتهم  
أن تعدل منها .

#### ٢٨ - القيود التى تحد من سلطان الإرادة :

تبيننا فيما سبق أن القيود أخذت تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة . وإذا  
تأملر علينا حصر هذه القيود . إلا أنه يمكننا ردها إلى نوعين أساسيين :  
هما الآتيان :

الأول : قيود ترد على المبدأ في شطره الأول : أى ترد عليه من حيث  
أنه يقرر كفاية الإرادة في ذاتها لإنشاء التصرف القانونى ، دون ضرورة  
تتم مجيئها في شكل أو في آخر . ومن شأن هذه القيود أن تجعل بعض  
التصرفات شكلية . بمعنى أنه يلزم لقيامها أن تبرم في الشكل المحدد الذى  
الذى يرسمه القانون . فالقاعدة العامة أن التصرفات رضائية : بمعنى أن  
توافر الرضاء بها يكفي لقيامها . آياً ما كانت طريقة التعبير عن الإرادة .  
والأغلبية الكبرى من التصرفات من هذا النوع . كالبيع والإيجار والوكالة  
والقرض والوديعة والعارية . واستثناء من قاعدة رضائية التصرفات :  
توجد هناك قلة من التصرفات تتميز بأنه مجرد الرضاء بها لا يكفي لقيامها ،

وإنما يلزم لذلك أن يجي هذا الرضاء في شكل محدد يرسمه القانون . ولذلك تسمى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية : تتميز أياها عن التصرفات الرضائية .

وسمة التصرفات الشكلية أن الشكل ركن لازم لانعقادها . بمعنى أنها إذا لم ترم في الشكل الذي يحدده القانون ، وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً . ومانتج عنها أى أثر . ولكن ليس معنى هذا أن الشكل يغنى فيها عن الإرادة . كما كان الحال قديماً عند الرومان <sup>(١)</sup> . بل يلزم لقيامها توافر الأمرين معاً . الرضاء والشكلية ، فلا يغنى أحدهما عن الآخر <sup>(٢)</sup> .

والأشكال التى يرسمها القانون للتصرفات الشكلية ليست كلها من نوع واحد . وهى تتراوح فى مجموعها بين الكتابة العادية وبين إبرام التصرف بوساطة موظف رسمى مختص يناط به توثيق التصرفات ، وهذا ما يطلق عليه « الرسمية » .

فهناك بعض تصرفات يستلزم القانون لقيامها تدوينها فى محرر مكتوب ومن هذه التصرفات عقد الشركة . حيث تقضى المادة ٥٠٧ مدنى بأنه : « ١ - يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً . . . » . ومن هذه التصرفات أيضاً عقد إنشاء ملكية الأسرة ( المادة ٨٥١ ) . وعقد تقرير المرتب مدى الحياة ( المادة ٧٤٣ ) . والتصرف الذى بمقتضاه ينقل المؤلف لغيره حق استغلال مؤلفه ( المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلف ) .

وهناك تصرفات أخرى لا يكتفى القانون فيها بمجرد الكتابة العادية : بل يستلزم تدوينها فى ورقة رسمية . ويقصد بالورقة الرسمية تلك التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن . وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه

(١) انظر ماسبق ، نبذة ١٦ .

(٢) وسوف نعود مرة ثانية إلى هذا الأمر عند تناول المقود الشكلية . انظر ماسبق ،



( المادة ١٠ / ١ من قانون الإثبات ) . وأهم التصرفات التي تستلزم فيها الرسمية هي الهبة <sup>(١)</sup> وعقد الرهن الرسمي .

ويلاحظ أن الرسمية تتضمن بالضرورة تدوين التصرف في محرر مكتوب . ومن ثم فأى تصرف يستلزم فيه القانون الكتابة العادية . يمكن إبرامه في الشكل الرسمي .

الثاني : النوع الثاني من القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة يلحق هذا المبدأ في شطره الثاني الخاص بسيادة الإرادة في ترتيب الآثار التي تتولد عن التصرف . وتتميز هذه القيود بأنها تتجه إلى موضوع التصرف لا إلى شكله . فإذا كانت القاعدة العامة التي تسود القانون الخاص هي أن الإرادة موفورة السلطان في ترتيب الآثار التي تشاؤها . إلا أن القانون يحد من سلطانها هذا في كثير من الأحيان . ابتغاء وجه الصالح العام . وترتد هذه القيود أساساً إلى فكرة حماية الجانب الضعيف في العقد . ابتغاء توفير شيء من العدالة في العقود ورفع الغت والحرج .

#### ٢٩ - نطاق العقد :

تبيننا فيما سبق أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالاً له . ولكن هل كل توافق من هذا النوع يعتبر عقداً . أم أنه لا يكون كذلك إلا في دائرة خاصة ونطاق محدد ؟

يسير اتجاه في الفقه نحو التضييق من نطاق العقد أو دائرته . وقد تعددت الحدود التي قيل بها في هذا الصدد .

وأول تلك الحدود قصر نطاق العقد على العلاقات التي تدخل في رحاب القانون الخاص . دون تلك الداخلة في رحاب القانون العام . ويؤدي هذا النظر إلى استبعاد فكرة العقد عن الاتفاقات أو المعاهدات التي تعقدها الدول

---

(١) على أن الرسمية لا تستلزم في الهبة إلا إذا جاءت سافرة ، بمعنى أنها لم تأت مسعرة و صورة عقد من عقود المعاوضات كالبيع ، ولم تكن واردة على منقول وتمت بإيقافه ( المادة ٤٨٨ ) .

بينها وبين بعض ، تنظيمياً لشتونها . وهو يؤدي كذلك إلى استبعاد فكرة العقد عن الاتفاقات التي تبرمها الدولة وفروعها ، باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، مع الأفراد ، كاتفاقات تولى الوظائف العامة والترامات المرافق العامة التي تمنح الدولة وفروعها بمقتضاها إدارة مرفق عام لفرد أو شركة .

ولم يقف الأمر عند قصر نطاق العقد على علاقات القانون الخاص دون القانون العام ، بل إن بعض الفقهاء قالوا بالتضييق من هذا النطاق ، حتى في مجال القانون الخاص نفسه ، فجعلوه مقصوراً على المعاملات المالية ، دون الأحوال الشخصية . ووفقاً لهذا النظر ، لا يعتبر الزواج ، مثلاً . عقداً ، وإنما هو نظام أو وضع قانوني . وأساس هذا النظر أن الاتفاقات التي تتناول الأحوال الشخصية ، كالزواج ، لاتولد حقوقاً مالية . الأمر الذي يبعدها عن مجال العقد .

بل إن الأمر لم يقف عند ماسبق . فأخذ بعض الفقهاء يعمدون إلى التضييق من دائرة العقد حتى في مجال الأحوال العينية أو المعاملات المالية نفسها . وقد تعددت في ذلك الأساليب . فمن قائل بأن الاتفاق الذي يعتبر عقداً هو ذلك الذي تسوده المساواة بين طرفيه . بالنسبة إلى إبرامه . بمعنى أن يكون لكل منهما أن يناقش شروط الطرف الآخر . أما إذا لم تتوافر تلك المساواة ، وكان لأحد الطرفين أن يملئ شروط العقد . ولا يكون للآخر إلا أن يقبلها أو لا يقبلها دون مناقشتها . فإننا لانكون بصدد عقد . وواضح أن هذا النظر يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . وقيل أيضاً بأن الاتفاق لا يعتبر عقداً . إلا إذا قام على تنظيم مصالح متعارضة . كما هي الحال في البيع والإيجار . حيث تتعارض مصالح كل من البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر . أما إذا قام الاتفاق على تنظيم مصالح متوافقة . كما هي الحال في الشركة . فلا يعتبر عقداً .

هذه هي أهم القيود التي أريد بها تضييق دائرة العقد أو نطاقه . ويلاحظ أن من بينها ما لا أساس له أصلاً . ونعني بذلك القيود التي من شأنها أن تخرج

من دائرة العقد الاتفاقات التي تتعلق بأمر يدخل في الأحوال العينية أو المعاملات . فلا أساس لرفع صفة العقد عن عقود الإذعان . بل هي تعتبر عقوداً بالمعنى الكامل لهذا اللفظ . ولا يحول دون هذا الاعتبار تسلط إرادة أحد الطرفين على إرادة الطرف الآخر ، وإن أدى هذا التسلط بالمشرع إلى أن يقرر لعقود الإذعان أحكاماً تختلف بعض الشيء عن تلك التي تخضع لها العقود بوجه عام ، وتهدف التخفيف على الطرف المذعن والرحمة به على نحو ما سوف نبينه في حينه <sup>(١)</sup> . فلا يفرم إطلاقاً ، لإضفاء وصف العقد على التصرف ، أن يكون طرفاه على قدم المساواة من حيث قوة وضع شروطه والمساومة بشأنها . إذ أن كل ما يجب لذلك هو أن يرتضى الطرفان شروط العقد ، حتى لو كان أحدهما في رضائه به يرضخ ويذعن لإرادة الآخر .

وكما أنه لا أساس للقيد الذي يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . فلا أساس أيضاً لذلك الذي من شأنه أن يخرج عنه الاتفاقات التي تقوم على المصالح المتوائمة المتوافقة . فالعقد يقوم إذا توافقت إرادتان أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، وسيان بعد ذلك أن تنفق مصالح ذوى الشأن أو تتعارض .

أما القيود التي من شأنها أن تقصر نطاق العقد على المعاملات المالية في القانون الخاص . دون الأحوال الشخصية والعلاقات التي ينظمها القانون العام : فهي على شيء من الصحة ليس بقليل . فالخلاف جوهرى بين أثر الإرادة . التي هي قوام العقد وأساسه . في الاتفاقات التي تنظم العلاقات المالية من ناحية ، وفي تلك التي تتعلق بالأحوال الشخصية وعلاقات القانون العام من ناحية أخرى . فبالنسبة إلى الاتفاقات الأولى : نجد أثر الإرادة لازال قوياً ، بالنسبة إلى إنشائها وتحديد آثارها على السواء . أما بالنسبة إلى الاتفاقات الثانية . فنجد دور الإرادة جد محدود : فهو يكاد يقتصر على ذات قيامها . دون تحديد آثارها ، التي يتولاها القانون بنفسه . ولكن هذا الخلاف الجوهرى في أثر الإرادة لا يصل إلى رفع صفة العقد بالكلية عن

---

(١) راجع ماسيجي : تبة ٩٩ وما بعدها .

اتفاقات الأحوال الشخصية والقانون العام . فإن كان القانون هو الذى يتولى نفسه تحديد آثارها . فالإرادة هى التى تنشأ . كل ما فى الأمر أن هذه الاتفاقات تعتبر عقوداً من طبيعة خاصة متميزة عن عقود المعاملات المالية فى الكثير من أحكامها . وإن اشتركت معها فى الكثير من أحكامها أيضاً : الأمر الذى يمكننا معه أن نقول إنها تمثل مزيجاً من فكرة العقد وفكرة النظام القانونى . خلاصة كل ماسبق أن نطاق العقد يشمل كل الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية . وهى التى يطلق عليها فى العادة الأحوال العينية Statut réel . بل إنه يشمل أيضاً . وإن كان ذلك فى حدود مرسومة ضيقة النطاق . الاتفاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية . وتلك التى تقوم فى خصوص علاقات القانون العام . وعلى أية حال . فنحن . إذ نتكلم هنا عن العقد باعتباره مصدراً للالتزامات : فلنأنا نتناوله بصفة أساسية فى مجال المعاملات المالية .

#### ٢٩ مكرر - أهمية نظام العقد :

العقد نظام فذ وعلاق من أنظمة القانون . بل هو . بعد القانون نفسه . أهم الأنظمة التى تستغل بظله . فالعقد يلعب الدور الأساس الأعظم فى دنيا المال بين الناس . وهو أكثر أنظمة القانون شيوعاً فى حياتهم . إذ أن الفرد منا . حتى فى حياته العادية . يبرم مع غيره العقد . فى اليوم الواحد . مرات ومرات .

وإذا نظرنا إلى العقد فى مجاله الطبيعى . وهو المال . وجدناه يتمثل المصدر الأساسى الغالب لنشأة الحقوق والالتزامات . بغض النظر عن طبيعة الحق . عينياً كان أم شخصياً . ويكفيها . للتدليل على ذلك ، أن نذكر نوعاً واحداً من العقود . ألا وهو عقد البيع : الذى هو بلا شك أكثر الوسائل شيوعاً فى دنيا المعاملات .

ونظام العقد : على جنيل خطره فى مجال المال . لا يقف عند حدوده . فهو يتجاوز حدود المال إلى غيره من الكثير من مظاهر الحياة . فهو : مثلاً . السبيل إلى إنشاء هذا الرباط المقدس بين الرجل والمرأة فى الزواج : وإن

كانت صفة العقدية في الزواج تتخفف إلى حد كبير بمخالطتها لفكرة النظامية فيه . بل إن دور العقد لا يقف عند معاملات الناس . مالية كانت أم إنسانية ، وإنما يتجاوزها إلى علاقات الدول نفسها فيما بينها وبين بعض . فكثيراً ما تلجأ الدول إلى تنظيم شئونها فيما بينها عن طريق اتفاقات أو عقود تبرمها ، ثنائية كانت أم جماعية . وهي التي يغلب أن تسمى بالاتفاقات أو المعاهدات .

وإذ نقصر الكلام هنا على أهمية نظام العقد في مجال الالتزامات . نجد أنه يتمثل المصدر الغالب لنشأتها . فهو ينشئ وحده . في واقع حياة الناس ، الأغلبية الكبرى من الالتزامات . بحيث إن مصادر الالتزام الأخرى . كلها مجتمعة . لا تتناسب معه بمفرده في الأهمية .

وإذا كان للعقد أهميته القصوى من حيث إنه يتمثل المصدر الغالب لنشأة الالتزامات . فهو لا يفتقر بهذا الدور . على عظيم شأنه . فهو إلى جانب إنشاء الالتزام . نجده كثيراً ما يتخذ وسيلة لتعديل التزام قائم . كما أنه قد يتخذ أداة لنقل الالتزامات . سواء أكان هذا النقل إيجابياً أى بين الدائن الأصلي إلى دائن آخر ( حوالة الحق ) . أم سلبياً أى من المدين الأصلي إلى مدين آخر يتحمل بالالتزام مكانه ( حوالة الدين ) . ثم إنه قد يتخذ سبيلاً إلى إنهاء التزام موجود . كما هي الحال في الوفاء .

وإذا كنا نتناول هنا نظام العقد . ونحن بصدد دراسة مصادر الالتزام . متبعين فيه النهج الذي سار القانون المدني نفسه عليه . فإذالك إلا لأن دور العقد في إنشاء الالتزام . بل والحقوق المالية بوجه عام . هو أبرز أدوارها وأهمها . فليس معنى تناولنا نظام العقد . ونحن في مجال دراسة مصادر الالتزام . بل وليس معنى إيراد القانون نفسه أحكام العقد في الباب المخصص لمصادر الالتزام . ليس معنى ذلك كله أن الأحكام التي أوردها القانون في شأن العقد بوجه عام . والتي نتناولها نحن هنا بالدراسة . لا تنطبق إلا في خصوص إنشاء الالتزام . بل أنها تلزمه في شتى مجالات إعماله دون تفريق .

وغنى عن البيان أن من العقود نوعيات عديدة تستعصى على الحصر

والبيان . فمنها البيع والإيجار والشركة والوكالة والكفالة والرهن والوديعة والعارية والتأمين . وغير ذلك جد كثير لا يتناهى . ونحن هنا لا نتناول دراسة عقد بعينه . وإنما نتناول الأحكام العامة الأساسية المشتركة للعقد بوجه عام . أى أننا نعالج العقد في إطار نظرية عامة . وهو ذات النهج الذى ألتزمه المشرع في بيان أحكام العقد بوجه عام في الباب الذى أفرده لمصادر الالتزام .

فالمشرع يتناول العقود في مجالين مختلفين : فهو يبدأ . في الباب المخصص لمصادر الالتزام . ببيان أحكام العقد بوجه عام <sup>(١)</sup> ، أى أنه يتناول في إطار نظرية عامة تتضمن القواعد الأساسية العامة للعقد دون تخصيص . ثم يعود بعد ذلك ليبين الأحكام الخاصة ببعض العقود التى يتلمس أهميتها من حيث مدى ما يثار بشأنها بين الناس من منازعات . كالبيع والإيجار والهبة ونحوها ، وهى التى يطلق عليها العقود المسماة <sup>(٢)</sup> .

وقيام المشرع بوضع أحكام للعقد بوجه عام . أو أحكام نظرية العقد ، من الأهمية . بحيث لا تخفى على أحد . ففضلاً عن تمثيه مع مقتضيات العصر من التاصيل والتركيز . فهو يغنى من مثونة التكرار عند عرض أحكام العقود المسماة . بالنسبة إلى ما هو مشترك بينها . ثم إن من شأن ذلك أن يتيح للقاضى أن يجد الحكم القانونى في صدد العقود التى لا يتناولها المشرع بالتنظيم الخاص . وهى ما يطلق عليها العقود غير المسماة أو غير المعينة .

والأحكام التى يتضمنها القانون في مجال نظرية العقد : اعتباراً بأنها ترمى الأسس العامة المشتركة . تسرى على العقود المالية كلها . مدنية كانت أم تجارية . أم حتى غيرها ، وسواء أكانت هذه العقود مسماة أو غير مسماة . وذلك ما لم يقض القانون في شأن عقد معلوم ، بحكم معين يخصه به .

---

(١) وهذا ما يفعله القانون المدنى المصرى في الفصل الأول المعلن « العقد » من الباب الأول المعلن « مصادر الالتزام » من الكتاب الأول المعلن « الالتزامات بوجه عام » من القسم الأول المعلن « الالتزامات أو الحقوق الشخصية » .

(٢) ويفعل المشرع ذلك في الكتاب الثانى المعلن « العقود المسماة » من القسم الأول .

أو اقتضته طبيعة هذا العقد . وهذا أمر بين واضح <sup>(١)</sup> لم ير المشرع ثمة ضرورة لأن يصرح به في نص خاص <sup>(٢)</sup> .

### ٣٠ - تقسيمات العقود :

العقود ليست كلها من صنف واحد . فهي تتنوع وتختلف . بل هي في تنوعها واختلافها لا ينتظمها تقسيم واحد ، وإنما ترد عليها تقسيمات كثيرة . فكلما نظرنا إلى العقود من زاوية معينة ووفقاً لأساس محدد . رأيناها تتغير وتتشكل فصائل وطوائف .

وليبيان تقسيمات العقود أهمية كبرى . فالعقود في عددها لاتنتهي ولا يشملها الحصر . وهي على كثرتها لاتقف عند حد معين ، بل يظهر منها في كل يوم جديد . وما ذلك إلا لأن للإرادة أن تنشئ من العقود ما تريد . تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وإذا استعصت العقود على الحصر . فلا أقل من أن نجتمع كل مايتشابه منها في فصيلة خاصة . حتى تبين القواعد الأساسية التي تحكم كل فصيلة .

ولكثرة تقسيمات العقود ، لاتناولها كلها ، بل نجتزئ بأنهم منها . وسنتناول ، فيما يلي أهم تلك التقسيمات .

### ٣٠ مكرر - العقود المسماة وغير المسماة :

تنقسم العقود ، بالنسبة إلى بيان القانون أحكامها الخاصة أو سكوته عن ذلك ، إلى عقود مسماة أو معينة contracts només ، وعقود غير مسماة

---

(١) وقد تبن المشرع الفرنسي هذا الأمر في المادة ١١٠٧ من مدونة نابليون ، وسأيرته في ذلك بعض التقنينات الأخرى ، كالتانون الإيطالي ( المادة ١١٠٥ ) والتانون البلجائي ( المادة ١٧٥ ) ، ومشروع التانون الفرنسي الإيطالي ( المادة ٩ ) والتانون الملقب "مراق" ( المادة ٧٦ ) وأخيراً التانون الملقب بالأردفي ( المادة ٨٩ ) .

(٢) وقد تفسن المشروع التمهيدى ، في المادة ١٢٣ منه ، نصاً يصريح بـ"بيان أحكام نظرية العقد على كافة العقود المدنية ، ما لم يرد في شأن عقد معين حكم خاص به ، وبـ"بيان أحكام القانون التجارى على العقود التجارية . ولم يرد هذا النص في القانون ، إذ أنه حذف لعدم الحاجة إليه . وذلك أمر محسود . إذ أن الحكم يبلغ في وضوحه إلى حد أن تقتضيه تمثيل نافذة .

## أو غير معينة (١) *contrats innomés*

فلا حد للصور التي يمكن للعقود أن تتخذها ، إذ هي تختلف باختلاف الأمور التي يرد عليها توافق الإرادتين . وما هذا إلا نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة . فإدام النظام العام للدولة لا يعتدى عليه . فإن للأفراد الحرية كاملة في أن ينظموا شئونهم بالشكل الذي يريدون . ومن هنا كانت العقود بحسب موضوعها ، لا تتناهى ولا تقع تحت حصر (٢) . وبالتالي استحال على

(١) ويجب عدم الخلط بين المعنى الذي تفيد به عبارة « العقود غير معينة أو غير المسماة » في لغة القانون المعاصر ، وبين المعنى الذي كانت تفيد به العبارة في لغة القانون الروماني . فقد كان لهذه العبارة عند الرومان معنى جدد يختلف عن المعنى الذي نفهمه منها الآن ، والذي يبناه في الآن . فعبارة « العقود غير المسماة أو غير معينة *contrats innomés* » كانت تفيد في لغة الرومان طائفة من العقود غير الشكلية ، وصلوا إلى إيجازها وتقرير إلزامها ، وهم في سبيل التحرر من الأشكال التي كان يلزم اتباعها لكي يقوم العقد صحيحاً ملزماً . فالأصل عند الرومان أن العقد لا يقوم ولا يلزم إلا إذا مر في أحد الأشكال المرسومة ، وهي الثلاثة الآتية : عقد الاستدانة *nexum* والاشتراط *stipulatio* والمقد الكتابي *litteris* وفي سبيل التبرر من سطوة الشكل ، وصل الرومان إلى إقرار أنواع من العقود تقع صحيحة ومازمنة دون ضرورة أن تبرز في أحد الأشكال السابقة . وأول ماظهر من هذه العقود غير الشكلية هو العقود المعنية *in re* ، وهي عقود يلزم التسليم لانتمادها ، كمقد العارية والقرض والوديعة . ثم ظهرت العقود الرضائية *solu consensu* : وهي عقود تتم بمجرد توافق الإرادتين وكانت محصورة في أربعة : البيع والإيجار والوكالة والشركة . وأخيراً ظهرت العقود غير المسماة ، ويعني بها طائفة من العقود كانت تقع صحيحة رغم عدم اتخاذها الشكل الرسمي ورغم عدم دخولها في طائفة العقود المعنية أو طائفة العقود الرضائية ، وذلك بشرط قيام أحد الماتدين بتنفيذ التزامه . فالمقد غير المسمى كان يفيد في لغة الرومان عقداً من شأنه أن يرتب التزاماً في ذمة كل من طرفيه ، ولكنه لم يمر بالشكل الرسمي ، ولا يدخل في ذمة العقود المعنية ولا الرضائية ، وهو لهذا لا يقوم ولا يلزم بذاته ، ولكنه يصير كذلك إذا ما قام أحد طرفيه بتنفيذ التزامه : إذ يحق لهذا الطرف المنفذ أن يجبر الطرف الآخر بأن يوفى بدوره تعهده عن طريق دعوى يمنحها إياه القانون .

(٢) انظر مع ذلك *Planioi* في *rev. crit.* ، ج ٣٠ ص ١٩٠٤ ص ٤٧ . ويرى الأستاذ الكبير إمكان حصر العقود ، سواء أكانت مسماة أم غير مسماة . وذلك على أساس أن موضوعها لا يخرج عن أمور ثلاثة ، فهو إما شيء أو حق أو عمل . ولم تلق فكرة *Planioi* نجاحاً يذكر . فأساس الفكرة ، وإن كان في مجموعه صائباً ، إلا أنه لا يمكن أن يؤدي إلى النتيجة التي أراد صاحبها الوصول إليها . فالمعقد التي ترد على العمل ، مثلاً ، يمكن أن تتخذ صوراً لاحداها ، مادامت لا تنافي النظام العام في الدولة .



المشرع أن يستعرض جميع الصور التي يمكن أن تتخذها العقود . ليضع لها من الأحكام الخاصة مايكفل تنظيمها . ولم يكن هناك مفر من الاقتصار في ذلك على بعضها دون البعض الآخر . والمشرع يقتصر على بيان الأحكام الخاصة للعقود التي يلمس أهميتها للناس . بحسب حاجاتهم ، وبحسب ما يثور حولها من منازعات في مألوف حياتهم .

والمشرع ، حينما يبين الأحكام الخاصة لعقد ما ، يخلع عليه بالضرورة اسماً خاصاً به . ولذلك تسمى العقود التي من هذا النوع بالعقود المسماة . كمعقد البيع وعقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة وعقد الهبة ... الخ .

أما العقود التي لا يتكفل المشرع ببيان أحكامها الخاصة . فيطلق عليها العقود غير المسماة ، لأن المشرع لا يخلع عليها اسماً خاصاً تعرف به . وهي تظل محتفظة بوصفها هذا . حتى إذا درج العمل على إضفاء اسم خاص عليها . لأن الاعتبار في خلع هذا الوصف يرجع إلى عدم قيام القانون نفسه ببيان الأحكام الخاصة بالعقد . كما سبق أن بينا . ومثال العقود غير المسماة الاتفاق على إيواء التزلج في الفندق ، والاتفاق الذي يعقده صاحب المسرح أو السينما مع روادهما على تمكينهم من مشاهدة الرواية .

ولا يفهم مما سبق أن العقود غير المسماة لا تخضع لتنظيم القانون . إذ أن المشرع . قبل أن يبين أحكام العقود المسماة ، يبدأ ببيان الأحكام الأساسية للعقد في نطاق نظرية عامة تشمل العقود أياً ما كانت صورها ، كما سبق لنا أن بينا . وهذه الأحكام الأساسية تسرى على العقود جميعها ، ما لم يرد بشأن بعضها حكم خاص . أو كانت طبيعتها تتجاف معها . وفضلاً عن ذلك فالعقد غير المسمى إنما يخضع للأحكام العامة للقانون . وللأحكام التي تستنتج عن طريق القياس بمقارنته بما قد يشابهه من العقود المسماة .

والحقيقة أن المشرع تكفل ببيان أحكام أغلب العقود التي يقتصر الأفراد عليها في معاملاتهم ، والتي تثار حولها المنازعات بينهم ، حتى أنه يندر عملاً أن نجد عقداً لا ينطوي تحت صورة من صور هذه العقود ، أو على الأقل ،

لا تعتبر مزيجاً من عقود متعددة منها . وعلى أية حال : إذا عرض عقد من نوع خاص : فلاخوف من أن تكتنفه القوضى ، إذ أن في الأحكام العامة للقانون ، ولما يضعه طرفاه من شروط ، في حدود النظام العام للدولة : ما يكفل تنظيمه .

وإذا اطرء ظهور عقد من نوع خاص وبرزت أهميته وتكاثرت المنازعات في شأنه ، تولى المشرع تنظيم أحكامه ، وأدخله بذلك بين طائفة العقود المسماة . وعقد التأمين أبرز مثال لذلك . فلما عهد ليس ببعيد ، لم يكن هذا العقد معروفاً . بل كان يستحيل على الأفراد الالتجاء إليه : لاعتبار أحكامه حينئذ مخالفة للنظام العام . وسرعان ما اقتنع المشرع في مصر وفرنسا وفي غيرها من أكثرية الدول بفائدته ، فقرر شرعيته . ولجأ إلى وضع أحكام تنظمه فانتقل بذلك إلى طائفة العقود المسماة .

يظهر مما سبق أن العقود تنقسم . حسب بيان القانون أحكامها الخاصة أو سكوتها عن ذلك . إلى : عقود مسماة أو معينة وعقود غير مسماة أو غير معينة . وقد أقر القانون المدني المصرى هذا التقسيم ضمناً . فقد جاء الكتاب الثانى من القسم الأول منه يحمل عنوان : « العقود المسماة » ، الأمر الذى يعنى بالضرورة أنه يقر وجود نوع آخر من العقود : هى العقود غير المسماة .

والعقود المسماة . وبعبارة أخرى العقود التى يحيطها المشرع بالتنظيم الخاص . متعددة متنوعة ، وهى تختلف باختلاف موضوعها والغرض منها . فمن هذه العقود مايرى إلى نقل ملكية شئ أو حق عينى آخر عليه ، كالبيع والمقايضة والهبة . ومنها مايرد على منفعة الشئ أو الحق ، كالإيجار والعارية ، ومنها ما يرد عمل الإنسان كعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الوديعة . ومنها مايقصد به تأمين استيفاء الدائن حقه ، كعقد الكفالة وعقد الرهن .

### ٣٩ - العقود الرضائية والشكلية والعينية :

تنقسم العقود - بالنسبة إلى ما إذا كانت الإرادة ، بذاتها ومجردة عن أى ظرف يكتسبها - تكنى لإنشائها : أو أنها غير كافية لذلك . إلى : عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية .

فالإرادة أساس العقود جميعاً . فلا قيام لعقد أياً ما كان نوعه ، إلا إذا توافقت إرادتا طرفيه وارتبطتا على إنشائه ، وعلى حكم المسائل الجوهرية فيه . ولكن طريقة التعبير عن الإرادة التى يتطلبها القانون لإنشاء العقود تختلف باختلافها . فمن العقود ما يطلق القانون أثر الإرادة فى إنشائها . فيكتفى بمجرد التعبير عنها ، دون أن يقيد هذا التعبير بوجود وروده فى شكل أو فى آخر . ولا باقترائه بأمر أو بآخر . فالذى يهم . بصدد هذا النوع من العقود . هو مجرد توافر الرضاء بها . ومن هنا جاءت تسميتها بالعقود الرضائية *contrats consensuels* . ومن العقود ما يستلزم القانون . لإنشائها . مجئ الرضاء بها فى شكل خاص محدد . وهذه هى العقود الشكلية *contrats formels* . ومن العقود . فى النهاية . ما يستلزم القانون لقيامها أن يقترن الرضاء بها بتسليم الشئ . أو العين التى يرد عليها . وهذه هى العقود العينية *contrats réels*

فالعقود الرضائية هى التى تنعقد بمجرد التراضى بين طرفيها على إنشائها وعلى حكم المسائل الجوهرية فيها . دون ما لزوم أن يجئ هذا التراضى فى شكل معلوم . أو أن يقترن بإجراء معين . فسواء أن يحصل باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم باعتماد أى موقف آخر يدل عليه . ومثالها البيع والإيجار والصلح والقسمة .

والرضائية فى العقود هى الأصل ، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وإن كانت الاستثناءات أخذت تتكاثر على مر الزمن . وعلى ذلك فالعقد يعتبر رضائياً ما لم يقر القانون نفسه غير ذلك .

أما العقود الشكلية . فهى التى يلزم . لذات انعقادها . ورود الرضاء بها فى شكل خاص محدد . ومثالها الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة .

والشكل الذى يتطلبه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحداً . فهو يتدرج مابين الورقة الرسمية والكتابة العرفية . ففي بعض العقود . يستلزم القانون الرسمية لانعقادها . كما هى الحال فى الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة . وفى البعض الآخر . يكفى القانون بكتابة محرر ولو كان عرفياً . كما هى الحال فى عقد الشركة المدنية ( المادة ٥٠٧ ) . وعقد إنشاء ملكية الأسرة ( المادة ٨٥١ ) .

ونلفت النظر إلى أن الشكل الذى يتطلبه القانون لا يجعل من التصرف شكلياً ، إلا إذا كان ضرورياً لذات قيامه . بحيث إنه ينعقد إذا تحلف . أما إذا لم يصل دور الشكل إلى هذا الحد . ما جعل التصرف شكلياً . بل يستمر رضائياً . ومن الأشكال التى تدخل فى هذا النوع الأخير ما يتعلق بإثبات التصرف وشهره . ففوضى المادة ٦٠ / ١ من قانون الإثبات . مثلاً . أنه يلزم الكتابة أو ما فى حكمها لإثبات التصرفات غير التجارية التى تزيد قيمتها على ٢٠ جنياً . ولكن هذا لا يجعل من هذه التصرفات شكلية . فالشكل هنا مطلوب للإثبات فحسب . فإن تحلف . فإن هذا لا يمنع من أن التصرف موجود وصحيح فى حقيقة الواقع . وإن صعبت إقامة الدليل عليه قضاء (١) . وإن لم تصل إلى حد الاستحالة . حيث تجوز بالإقرار واليمين . بل وبالبينة نفسها فى بعض الأحوال . وكذلك الأمر بالنسبة إلى شهر التصرفات بالتسجيل أو القيد على حسب الأحوال . فالقانون . وإن استلزم شهر التصرفات العقارية ، إلا أنه لا يجعل من هذا الشهر شرطاً لانعقادها . بل

---

(١) ومن العقود التى يلزم إثباتها بالكتابة عقد التحكيم ( المادة ٥٠١ / ٢ مرافعات ) ، وهو العقد الذى يتفق فيه طرفاء على عرض المنازعات التى نشأت أو تنشأ بينهما على فرد أو أفراد ليفصلوا فيها بدلاً من المحكمة المختصة . والكتابة مطلوبة فى هذا العقد لإثبات فحسب . فهى إذن لا تثير من طبيعتها الرضائية . فهو يتمتع بمجرد توافق الإيجاب والقبول . ( انظر تمييز الكرويت ١٧/٦/١٩٧٥ ، القضاء والقانون س ٥ ع ٢ ص ٩٤ رقم ١٨ ) . وإذا لم يكن عقد التحكيم وارداً فى محرر ، وتعذر بذلك إثباته بالكتابة ، فإنه لا يمكن أيضاً إثباته بما هو دون الكتابة من أدلة الإثبات ، أى بالبينة والقرائن ، ولكن يمكن إثباته بما هو أقوى من الكتابة من أدلة الإثبات ، ونفى بذلك الإقرار واليمين الخاصة . راجع فى إثبات التحكيم : فتحى وان ، الوسيط فى قانون القضاء المفق نبذة ٤١٥ .

مجرد إجراء يأتي في وقت لاحق لهذا الانعقاد ، ويلزم حصوله لإحداث أثر من آثارها . وهو انتقال الملكية أو غيرها من الحقوق العينية . فبيع العقار غير المسجل : مثلاً . عقد صحيح وينتج كل آثاره ، مع استثناء أثر واحد : وهو انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري . حيث يترأخى حصوله إلى مابعد التسجيل .

ونلفت النظر أيضاً إلى أن الشكل في العقود الشكلية لا يفي عن الإرادة . فهو لا يعدل أن يكون الثوب الذي يجب أن يحمي الرضاء بالعقد فيه . فإذا أحيط إبرام الرهن الرسمي أو الهبة . مثلاً . بالرسمية . بمعنى أن أبرم التصرف أمسام الموثق . تم اتضح انعدام إرادة أحد المتعاقدين . كما إذا كان مجنوناً . فإن التصرف لا يقوم أصلاً . ففي العقود الشكلية يلزم لقيامها ورود الرضاء بها ، وفي الشكل المحدد . ولا يفي أحد الأمرين عن الآخر (١) .

والقانون هو الذي يحدد العقود الشكلية . والشكل المطلوب في كل عقد . ولا يسوغ القياس على ما يقرره منها . لأن العقود الشكلية استثناء . والاستثناء لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه .

وإذا تطلب القانون شكلية معينة لانعقاد عقد معلوم . كالهبة أو الرهن الرسمي مثلاً . فإن نفس الشكلية تلزم في عقد التوكيل في إبرام هذا العقد ممن يتطلب القانون شكلية رضائه ( المادة ٧٠٠ مدني ) . كما أن الشكلية المطلوبة لانعقاد العقد تلزم أيضاً لقيام عقد الوعد بإبرامه ( المادة ١٠١ / ٢ مدني ) . وفي إجازته وإقراره وتعديله (٢) .

ولكن لا يوجد عمة ما يمنع المتعاقدين من أن يتفقا . في حالة معينة بذاتها .

---

(١) وفي هذا تختلف العقود الشكلية في القانون المعاصر عن أمثلها في القانون الروماني . فقد أدت سطوة الشكل في شريعة الرومان إلى أن احترامه كان يرتب الأثر القانوني ، حتى لو كانت إرادة أحد الماقلين أو كليهما غير قائمة .

(٢) راجع : حيد المنتم الصلح ، مصادر الالتزام ، نبذة ٤٥ - محمود جمال الدين زكي . الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٢١ .

على أن يكون عقد رضائي بطبيعته ، كمعقد البيع ، عقداً شكلياً . كما إذا اتفقا على أن البيع الذي يزعمان إبرامه لا ينعقد ، إلا إذا تم في الشكل الرسمي . أو تم في محرر مكتوب . فهنا يعتد بإرادة المتعاقدين ، ولا يعتبر للعقد قيام إلا إذا جاء في الشكل الذي رسمته . وذلك ما لم يتفق العاقدان على عدم الاعتداد بالشكل الذي تطلبته الإرادة . فرضائية العقود ، حيث يقررها القانون ، لا تعتبر من النظام العام . ومن ثم يسوغ الاتفاق على خلافها <sup>(١)</sup> . على أنه يجب هنا أن يكون الاتفاق قاطعاً في دلالة على أن طرفيه أرادا جعل العقد شكلياً . بمعنى أنهما أرادا سلوك الشكل المطلوب لذات قيام العقد ، وأن العقد لا ينعقد ببلونه . وكثيراً ما تدق معرفة قصد المتعاقدين من استلزام الشكل الذي يتطلبه ، وهو شرط لانعقاد العقد . أم لأمر آخر كإثباته . مثلاً . وعند الشك ، يجب تفسير عبارة العقد على أنها لا تستلزم الشكل لذات انعقاده . بل للأمر الآخر <sup>(٢)</sup> . الذي هو دون انعقاد العقد بالضرورة . ذلك لأن الشك الذي يكتنف شرطاً من شروط العقد ينبغي أن يفسر على النحو الذي يتماشى مع ما تقتضيه القواعد القانونية العامة ، ومؤداها هنا أن العقد رضائي <sup>(٣)</sup> .

وإذا قلنا إن الاتفاق بين العاقدين على جعل عقدهما — الذي هو رضائي بطبيعته — عقداً شكلياً يقع صحيحاً ويكون من شأنه أن هذا العقد لا يقوم إلا إذا أبرم في الشكل المتفق عليه ، فإن هذا القول . وإن كان سليماً تماماً

---

(١) وذلك بخلاف الحال بالنسبة إلى شكلية العقود . فالشكلية ، حيث يستلزمها القانون ، تعتبر من النظام العام . إذ أن القانون لا يقرها إلا مراعاة لمصلحة أساسية . ومن ثم لا يجوز الاتفاق على الإصفاء من الشكلية ، حتى إذا ورد هذا الاتفاق في الشكل المطلوب .

(٢) وقد كانت المادة ١٤٩ من المرسوم التمهيدى لقانوننا نقض بحكم مخالف . إذ هي تقول « إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شكلاً خاصاً لم يشترطه القانون ، فالمرغوض عنه الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذي يستوفى فيه العقد الشكل المتفق عليه » . وقد حذف هذا النص ، فلم يأت في القانون ، وترك الأمر لحكم القواعد العامة .

(٣) انظر في هذا المعنى : عبد الرزاق السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ ط ٢ ص ١٦٣ هامش ١ . عبد المنعم الصده ، محاضرات في القانون المدني ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ج ١ ص ٣١ .

من ناحية الفكرة العامة والنهج القانوني ، إلا أنه في العمل يتمثل عديم الجدوى في مجال إبرام العقود ذاته . لأن الشككية التي يتطلبها العاقدان في إبرام عقدهما . من غير أن يفرضها القانون نفسه . والتي يمكننا أن نطلق عليها الشككية الاتفاقية . تتميز أها عن الشككية التي يفرضها القانون ، أو الشككية القانونية ، تلك الشككية الاتفاقية يمكن للعاقدين أن يخالفها إذا انعقدت إرادتهما على ذلك . فبني بخلاف الشككية التي يفرضها القانون . لا تتعلق بالنظام العام . وهكذا فلا يوجد ثمة ما يمنع العاقدين . بعد أن يتفقا على إبرام عقدهما في شكل رسوم كما إذا اتفق المتبايعان على إبرام البيع في محور رسمي موثق أمام مأمور اتوثيق من أن يعودا فيبرمانه في غير ذلك الشكل . كما إذا أبرما البيع . في مثالنا في محرر عرفي . ذلك لأن إبرام العقد في غير الشكل الذي اتفق عليه العاقدان ابتداء . وفي تاريخ لاحق لهذا الاتفاق ، يعتبر بذاته اتفاقاً منهما . ولو أنه ضمنى . على عدم الاعتداد باتفاقهما الأول . وما يجوز للإرادة المشتركة أن تقيمه . يسوغ لها بذاتها أن تنقضه ، طالما أن هذا النقض لا يتخالف مع النظام العام .

وإذا وصلنا إلى أن الشككية الاتفاقية المتطلبة لإبرام العقود يمكن لها أن تخالف بإبرام العقد في تاريخ تال في غير الشكل المرسوم . فلننسا نصل إلى أن مثل هذه الشككية لا تكون ذات جدوى في العمل إلا إذا كانت مطلوبة لإجراء تصرف انفرادي من أحد العاقدين ، كالتنبيه بإخلاء العين المؤجرة مثلاً . حيث أنه يجوز هنا للعاقد الآخر أن يتمسك بوجود حصول التصرف في الشكل المرسوم .

وإلى جانب العقود الرضائية والشككية . توجد العقود العينية . وهي تلك التي يلزم لقيامها تسليم الشيء الذي ترد عليه . والعقود العينية هي نوع مخفف من العقود الشككية أدى إليه تطور القانون الروماني . في سبيل التحلل من الأوضاع والأشكال البالية التي كانت تسوده .

فلتخلص من الشكل الذي كان يلزم إجراؤه بالنسبة إلى العقود بوجه عام

سمح الرومان ، بالنسبة إلى بعض العقود ، بالاكتفاء بتسليم الشيء الذى ترد عليه . وانتقل نظام العقود العينية من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى . ومن هذا الأخير انتقل إلى القانون المصرى القديم . فقد عرف القانون المصرى القديم ، كالقانون الفرنسى تماماً ، خمسة عقود عينية . وهى القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازى وهبة المنقول التى تبرم مسافرة فى عقد عرقى .

ونظام العقود العينية منتقد فى الفقه المعاصر . فلم يعد له مبرر . فهو قد نشأ عند الرومان للتخفيف من حدة الشكل . أما الآن . فالقاعدة هى رضائية العقود . وبهذا فقد هذا النظام علة وجوده . بل أصبح من شأنه أن يعرقل إبرام التصرفات . بعد أن قصد به فى الأصل تيسيره . من أجل ذلك أخذت التشريعات المعاصرة تهجر نظام العقود العينية . وقد سار قانوننا المدنى فى هذا الاتجاه . فقصر هذا النظام على عقد واحد . بل على صورة معينة من صور انعقاده . وهذا العقد هو هبة المنقول . فيلزم . لانعقاد هبة المنقول . أن تجبى فى إحدى صور ثلاث : فهى إما أن تجبى فى ورقة رسمية . أو مسترة فى صورة عقد آخر . أو أن تقرن بقبض الموهوب له الشيء الموهوب ( المادة ٤٨٨ ) . والهبة التى تم فى الصورة الأخيرة يطلق عليها الهبة اليدوية . اعتباراً بأنها تم بتسليم الشيء من يد الواهب إلى يد الموهوب له . وهى الصورة الوحيدة لنظام العقود العينية فى قانوننا المدنى الحالى . وفيها لا يعتبر للهبة قيام . إلا إذا تم القبض . أما العقود الأخرى التى كانت عينية فى ظل قانوننا القديم وهى القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازى . فقد أصبحت الآن عقوداً رضائية . بعد أن كف التسليم عن أن يكون شرطاً لانعقادها ، وأصبح مجرد أثر يترتب عليها . فالرهن الحيازى . مثلاً ينقذ صحيحاً بمجرد التراضى عليه بين الراهن والمرتهن . حتى قبل أن يسلم الشيء المرهون إلى هذا الأخير . فتسليم المرهون هنا يقع أثراً لعقد الرهن ، لارتكناً لازماً لقيامه . ويتمثل هذا الأثر فى التزام أساسى يتحمل به الراهن لصالح المرتهن <sup>(١)</sup> .

---

(١) راجع فى ذلك مؤلفنا . التأمينات الشخصية والعيلية ، نبذة ٤٤١ .



وكما يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون عقد رضائي معين عقداً شكلياً . يسوغ لهما أن يتفقا على جعله عقداً عينياً ، بمعنى ألا يقوم إلا إذا تم القبض . وكثيراً ما يقع مثل هذا الاتفاق في عقد التأمين . عندما تتضمن بوليسته شرطاً يفرض بعدم قيامه إلا بعد دفع قسط أو أكثر من أقساطه . وقد يقع مثل هذا الاتفاق أيضاً في شأن عقد نقل البضائع . فهذا العقد . وإن كان بحسب الأصل عقداً رضائياً ، يتم بمجرد توافق إرادة طرفيه . إلا أنه يجوز الاتفاق بينهما على تأخير انعقاده إلى وقت تسليم البضاعة المتقولة . فيعتبر حينئذ عقداً عينياً .

### ٣٢ - عقود المعاوضات وعقود التبرع :

تنقسم العقود . بالنسبة إلى ما إذا كان عاقدها يأخذ مقابلها لما يعطى أو لا يأخذ . إلى عقود بمقابل . أو عقود معاوضات . وإلى عقود بغير مقابل أو عقود تبرع . ففي النوع الأول يعطى العاقد ويأخذ مقابلها لما يعطيه . ومثاله البيع . حيث يعطى البائع الشيء المبيع للمشتري ويأخذ منه الثمن . ويعطى المشتري للبائع ثمن ويأخذ منه المبيع . والإيجار حيث يعطى المؤجر منفعة العين للمستأجر ويأخذ منه الأجرة . ويعطى المستأجر للمؤجر الأجرة ويأخذ منه منفعة العين المؤجرة . ومثال هذا النوع أيضاً عقد العمل . وكذلك الوكالة والوديعة إن كانتا بأجر . وفي النوع الثاني . يعطى أحد العاقدين للآخر شيئاً دون أن يأخذ مقابلها لما يعطيه إياه . فهو يتبرع له بشئ من عنده . والمثال القد لهذا النوع هو الهبة . حيث يعطى الواهب الشيء للموهوب له . دون أن يأخذ مقابلها لما يعطيه إياه . ومثال هذا النوع أيضاً العارية ، ثم الوكالة والوديعة إن عقدتا بغير أجر .

يظهر من هذا أن أساس تقسيم العقود إلى عقود المعاوضة وعقود التبرع هو حصول المتعاقد على مقابل لما يعطيه من عدمه . والمقصود بالمقابل هنا هو المقابل المادى . أى ذلك الذى تكون له قيمة مالية . فلا يعتد بما يناله المتعاقد من مقابل أدبى أو معنوى لما يعطيه . ومن ثم فالألم التى تعطى لانبها مالها ، مثلاً ، فى مقابل أن تشبع فى نفسها عاطفة الحب والحنان نحوه .

لا تعقد معه عقداً من عقود المعاوضات . وإنما عقداً من عقود التبرع ، فهي تبرع له بمالها .

وإذا خلصنا إلى أن أساس التقسيم الذى نحن بصدده هو حصول المتعاقد على مقابل مادي لما يعطيه أو عدم حصوله عليه <sup>(١)</sup> . فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كان المتعاقد يحصل على مقابل ما يعطيه من المتعاقد الآخر ، أو كان يحصل عليه من شخص أجنبي عن العقد الذى يبرمه . فالكفيل . الذى يأخذ مقابلاً لكفالاته من المدين ، يبرم عقداً من عقود المعاوضات . فى حين أنه يبرم عقد الكفالة مع الدائن . وأن المدين لا يعتبر طرفاً فى هذا العقد .

وصفة المعاوضة أو التبرع ، وإن لزمنا بعض العقود . بحيث إنها لا تقوم أصلاً إلا إذا اتسمت بها ، فإنه يوجد من العقود الأخرى ما يمكن اتسائه بإحدى هاتين الصفتين أو بالأخرى . فالبيع والإيجار ، مثلاً . لا يقومان إلا إذا أبرما على سبيل التعاوض . وكذلك الهبة والعارية ، لا يقومان إلا إذا أبرمنا على سبيل التبرع . أما الكفالة والوديعة والوكالة . فنرى السائغ أن تجب فى صورة أو فى أخرى . وفقاً لما إذا كان عاقلها يأخذ مقابلاً لما يعطى أو لا يأخذ .

---

(١) ولتحديد وصف العقد بحسب ما إذا كان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرع ، يجب أن ننظر إلى كل من طرفيه على حدة . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعتبر العقد ، بالنسبة لأحد طرفيه ، تبرعاً ، وفى حين أنه يعتبر معاوضة ، بالنسبة إلى الطرف الآخر . فنحن فى الحقيقة لانحكم هنا على العقد فى ذاته ، وإنما نحكم على دور كل من طرفيه فى إبرامه ، فى خصوص كونه يعنى بمقتضاه شيئاً بالهتان ، أو يحصل منه على هذا النحو على فائدة مالية من علمه . فإن غلب أن يتم عقد التبرع بهذا الوصف بالنسبة إلى كل من طرفيه ، كما هو الحال فى الهبة والعارية والقرض بدون فائدة والوكالة والوديعة بغير أجر ، إلا أنه من الممكن أن يتم بذلك الوصف بالنسبة لأحدهما دون الآخر . ومثال هذه الحالة الأخيرة الكفالة بغير أجر ؛ فهذا العقد يعتبر بالنسبة إلى الكفيل تبرعاً ، حيث إنه يقدره مجرد إسداء الجليل للمدين ، أما بالنسبة إلى الدائن ، فالكفالة تتمثل فى العادة عقداً من عقود المعاوضات ، إذ هو ، أن استحصيل منها على الأمن والضمان فى استيفائه دينه ، فهو لا يأخذ ذلك فى الغالب بالهتان ، وإنما نظير قيامه بإقراض المدين الدين ، أو نظير منحه أجلاً للوفاء به . انظر فى هذا الاتجاه : السبوري ، نظرية العقد نبذة ١٣٩ - جمال الدين زكى . التمييز فى النظرية العامة للتزامات ط ٣ ص ٥٧ هامش ٦ .

يقى أن نعرف أن صفتي المعاوضة والتبرع قد تختلطان في ذات العقد الواحد . فمن يبيع ، مثلاً . داره بثمن يقل عن قيمته بمجاملة للمشتري ، كما إذا كان قريبه أو صديقه . يأخذ بعض ما يراه مقابلًا لداره ، ويتبرع بالباقي . ومن يتبرع بأرضه لابنه مشروطاً عليه أن يدفع له مبلغاً من النقود لا يتناسب البتة مع قيمة الأرض : يتبرع بالكثير . ولكنه لا يتجرد كلية عن العوض . وفي مثل هذه الحالة ، لا يسوغ بالضرورة تجزئة العقد . والقول بأنه يعتبر في بعضه تبرعاً . وفي بعضه الآخر معاوضة . وإنما يلزم تغليب إحدى هاتين الصفتين على الأخرى ، بعد إجراء الموازنة بين الجزء الذي أخذ المقابل عنه ، والجزء الذي حصل التبرع به . ومع الاعتماد أساساً بنية المتعاقدين . فالبيع الذي تحصل فيه مجاملة في الثمن يظل مع ذلك عقداً من عقود المعاوضات . مادامت المجاملة لا تتجاوز حدودها المعلقة . والمبة تظل تبرعاً . حتى لو فرض الواهب على الموهوب له القيام بأمر معين . مادام هذا الأمر لا يتناسب البتة مع قيمة الموهوب . ومادام الواهب لا يتجرد عن نية التبرع ( أنظر المادة ٤٨٦ / ٢ مدني ) .

وللتفرقة بين المعاوضات والتبرعات أهمية كبرى . ومن مظاهر تلك الأهمية ما يلي :

١ - الأصل في التصرفات التي تقوم على التبرع هو أنها تعتبر أعمالاً مدنية وليست تجارية . إذ أن التجارة تقوم على المضاربة وغرض الكسب . فالتبرع غريب عنها . أما المعاوضات . فقد تنسم أحياناً بالصفة المدنية . وأحياناً بالصفة التجارية ، على حسب الأحوال .

٢ - تختلف الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات . باختلاف ما إذا قامت على التبرع أو المعاوضة . ففي عقود التبرع ، نجد القانون يشترط أقصى درجات الأهلية في المتبرع . وأخفها في المتبرع له . اعتباراً بأن الأول يجري عملاً يضره ضرراً محضاً ، وأن الثاني يجري عملاً ينفعه نفعاً محضاً . أما في المعاوضات فالقانون يشترط في المتعاقدين أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين

النفع والضرر . وهى أهلية تجبى في مرتبة وسطى بين أهلية إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً . وأهلية إجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً .

٣ - تختلف معاملة القانون للمتعاقد باختلاف ما إذا كان متبرعاً أو متبرعاً له أو متعاضداً . فهو يعامل المتبرع معاملة أخف من تلك التى يعامل بها المتعاضد . فى حين أنه يعامل المتبرع له معاملة أقسى وأشد . فالقانون ينظر إلى المتبرع على أنه مفضل . فيعامله بالنسبة إلى حقوقه والتزاماته معاملة تتسم بالتسامح واللين . ومن أجل ذلك نجد مركز الواهب . أخف كثيراً من مركز البائع<sup>(١)</sup> . ومركز المعير أخف من مركز المؤجر . أما المتبرع له . فالقانون ينظر إليه على اعتبار أن المتبرع يسدى إليه الفضل والجميل . الأمر الذى جعله يقرر له معاملة تتسم بشيء من الصرامة . ولهذا نجد مركز الموهوب له أشد من مركز المشتري<sup>(٢)</sup> . ومركز المستعير أشد من مركز المستأجر . بل إننا نجد القانون يعامل المتعاقد فى ذات العقد الواحد . معاملة تختلف باختلاف ما إذا كان متبرعاً أم متعاضداً . فهو يقرر للوكيل والوديع بغير أجر معاملة أخف من تلك التى يقررها للوكيل أو الوديع بأجر<sup>(٣)</sup> .

٤ - تختلف بصفة عامة التبرعات عن المعاوضات بالنسبة لإبطلانها على

---

(١) فللواهب ، مثلاً ، أن يرجع فى هبته ، ولو على غير رغبة من الموهوب له ، إذا استند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولا يوجد مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها فى المادة ٥٠٢ مدنى ( راجع المادة ٥٠٠ / ٢ ) أما البائع ، فليس له ، بغير إرادة المشتري ، الرجوع فى البيع بعد تمامه .

(٢) فالقانون ، مثلاً ، يتطلب من الموهوب له الوفاء للواهب فى مقابل ما وهبه لإنه ، فلا يخل بما يجب عليه نحوه إخلالاً لا يعتبر جرموداً كبيراً من جانبه إزاله ، وإلا حق الواهب اعتبار هذا الجرمود عذراً مقبولاً يتحوله أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع فى الهبة ( المادة ٥٠١ أ ) . أما المشتري ، فلائنه يدفع مقابل ما يشتريه ، فلا يقع عليه واجب خاص فى الوفاء للبائع ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يرجع فى يمينه له بحجة حصول الجرمود منه .

(٣) انظر ، فى شأن الوكالة ، المادة ٧٠٥ ، حيث تتطلب من الوكيل بأجر أن يبذل فى مباشرة الوكالة العناية التى يبذلها الرجل العادى ، فى حين أنها لا تتطلب من الوكيل بغير أجر إلا العناية التى يبذلها فى أعمال الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك بأزيد من عناية الرجل العادى . وانظر المادة ٧٢٠ ، حيث تجرى نفس التفریق فى شأن عقد الوديعه .

أساس الغلط الواقع في شخصية المتعاقد . فالغلط الذى ينهض سبباً لإبطال العقد هو الغلط الجوهرى . ويغلب أن يكون الغلط في شخصية المتبرع له جوهرياً . لأن التبرع يقوم أساساً على اعتبارات شخصية يقدرها المتبرع في التبرع له . وتعتبر بالنسبة إليه السبب الرئيسى الذى يدفعه إلى التعاقد . أما المعاوضات . فالأصل فيها أن الغلط في شخصية المتعاقد لا يعتبر جوهرياً . ولا ينهض بذلك سبباً لإبطالها ، إذ أن شخصية المتعاقد فيها لا يكون لها عادة كبير اعتبار . ولكن ذلك لا يمنع من أنه في كثير من الأحيان يكون لشخصية المتعاقد في عقد المعاوضات . اعتبار رئيسى . كما هي الحال . على وجه الخصوص في عقد الشركة وعقد المزارعة وعقد العمل . وفي مثل هذه الحالة . يعتبر الغلط في شخصية المتعاقد جوهرياً . وينهض سبباً لطلب الإبطال .

٥ - تختلف المعاوضات عن التبرعات بالنسبة إلى شروط إعمال الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه . ففي الأولى يلزم غش المدين وعلم المتصرف اليه بهذا الغش (المادة ٢٣٨/١) . أما في الثانية . فلا يلزم هذا الشرط أصلاً (المادة ٢٣٨ / ٢) .

### ٣٣ - العقود الملزمة للجانبين وتلك الملزمة لجانب واحد :

تنقسم العقود . بحسب ما إذا كانت تنشئ التزامات على طرفيها كليهما أم على أحدهما فقط . إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد .

ففي العقود الملزمة للجانبين . نجد الالتزامات تثقل كلا من طرفيها على سبيل التقابل . فكل منهما دائن للآخر ومدين له . ومثالها عقد البيع . حيث إنه ينشأ التزامات على البائع لصالح المشتري (الالتزام بالعمل على نقل الملكية والالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان) . وأخرى على المشتري لصالح البائع (الالتزام بدفع الثمن وبسليم المبيع) . وعقد الإيجار : حيث ينشئ التزامات على المؤجر (الالتزام بتسليم العين المؤجرة والالتزام بصيانتها والالتزام بالضمان) . وأخرى على المستأجر (الالتزام بدفع الأجرة والقيام برعاية العين والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار) . ومن العقود التى باتت ملزمة

للجانبيين ، بعد أن كانت من قبل ملزمة لجانب واحد . العارية والقرض والرهن الحيازي . وهى من العقود التى كانت عينية فى الماضى ، ثم ارتفعت عنها عينيها . وأصبحت عقوداً رضائية <sup>(١)</sup> .

أما العقود الملزمة لجانب واحد : فهى تلك التى ترتب الالتزامات فى ذمة أحد طرفيها دون الآخر . فيكون هذا الطرف مديناً غير دائن ، فى حين أن الطرف الآخر يكون دائناً غير مدين . ومثال هذه العقود الهبة حيث ترتب على الواهب لصالح الموهوب له الالتزام بنقل ملكية الشيء والالتزام بتسليمه . فى حين أن الموهوب له لا يتحمل فى العادة بأى التزام ومثاله أيضاً الكفالة <sup>(٢)</sup> .

ويجب عدم الخلط بين تقسيم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد وبين تقسيم التصرفات إلى تصرفات صادرة من جانبين وأخرى صادرة من جانب واحد . فهذا التقسيم الأخير يتناول التصرف فى ذات قيامه ، ناظراً إلى من يجزئ به . فإن كان شخص واحد هو الذى يجزئ به كان تصرفاً صادراً من جانب واحد . كالوصية والوقف . وإن كان التصرف لا ينعقد إلا إذا أجراه طرفان : كان تصرفاً صادراً من جانبين كالبيع . أما التقسيم الأول ، فهو يتناول العقود ( التى هى تصرفات صادرة من جانبين ) من حيث أثرها .

---

(١) فن الأصول الأساسية فى عقود العارية والقرض والرهن الحيازي حصول تسليم الشيء محل العقد . ولقد كان هذا التسليم ، فى ظل القانون الرومانى ، ومن بعده فى ظل القانون الفرنسى ، ثم فى ظل قانوننا المصرى القديم ، ركناً لازماً لذات قيام العقد . ومن هنا أتى وصف العقود السابقة بالعينية . وفى الفكر القانونى الحديث ، كف تسليم الموقوف عليه ( الشيء المنعار أو المقرض أو الموهوب ) عن أن يكون ركناً فى العقد ، فارتفعت بذلك العينية ، ولكنه صار أثراً للعقد ، متبثلاً فى التزام يتحمل به الماقد الذى لم يكن فى الماضى متحملاً بأى التزام ، فأقصى العقد ملزماً للجانبين ، بعد أن كان من قبل ملزماً لجانب واحد . وقد تمشى القانون المصرى الحالى مع الفكر الحديث ، فى خصوص ما نحن بصدده ، فنص على قيام الالتزام بتسليم الموقوف عليه على المير ( المادة ٦٣٥ و ٦٣٦ ) وعلى المقرض ( المادة ٥٣٨ والمادة ٥٣٩ / ٢ ) وعلى الرهن الحيازي ( المادة ١٠٩٦ والمادة ١٠٩٩ ) .

(٢) انظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ١٨ .

ويجب عدم الخلط كذلك بين تقسيم العقود إلى ملزمة لجانب واحد وملزمة لجانبين وبين تقسيمها إلى تبرعات ومعاوضات . فالأساس مختلف في التقسيمين ، كما يتضح مما قلناه . ثم إن التقابل لا يقع تاماً بينهما . فإن كان الغالب في عقود التبرع أن تلزم جانباً واحداً . هو المتبرع . دون الجانب الآخر وهو المتبرع له . كما هي الحال في الهبة . إلا أنه قد تكون في بعض الأحوال ملزمة للجانبين . ومثال هذه الحالة الأخيرة الهبة المقرنة بتكليف أو الهبة بشرط ، وهي التي تفرض على الموهوب له أداء التزام معين . وكذلك إن كان الغالب أن تقع المعاوضات ملزمة للجانبين . فقد تكون ملزمة لجانب واحد فقط . ومثال هذه الحالة الأخيرة الكفالة بأجر يأخذها الكفيل من المدين لا من الدائن <sup>(١)</sup> .

ولتقسيم العقود إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد أهمية بالغة . وترجع هذه الأهمية إلى أن العقود الأولى تقوم على التقابل بين الالتزامات المفروضة على كل من طرفيها . في حين أنه لا يوجد في العقود الملزمة لجانب واحد أى تقابل بين الالتزامات . وقد اعتد القانون بالتقابل بين الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين من حيث ذات قيامها . ثم من حيث تنفيذها ، ومن حيث سبيل التحلل منها <sup>(٢)</sup> . ففي هذه العقود . يتمثل التزام

(١) فالكفالة تبرم بين الكفيل والدائن ، ولا يعتبر المدين طرفاً فيها . فإن أخذ الكفيل مقابلاً لكفالاته من المدين ، وأصبحت الكفالة بذلك من عقود المعاوضات ، فإن هذا لا يمنع من أن تلك الكفالات ترتب على الكفيل وحده الالتزامات ، ولا ترتب التزامات ما على الدائن . وهو طرفها الآخر . فالكفالة هنا تعتبر ملزمة لجانب واحد ، برغم أنها من أعمال المعاوضات .

(٢) كما أنه يترتب أيضاً على التقابل في الالتزامات في العقود الملزمة للجانبين مبدأ تعاصر التنفيذ للالتزامات المتعاقبة . فالأصل في هذا النوع من العقود ، هو وجوب الوفاء بالالتزامات المتعاقبة في وقت واحد ، بالنسبة إلى الطرفين كليهما . ولا يخالف هذا الأصل إلا إذا نص القانون أو قضى العرف أو الاتفاق بغيره . انظر في هذا الاتجاه : تمييز الكويت ١٩٧٥/٥/٢٨ ملن رقم ١٩٧٤/١٦/١٦ تجارى . مجموعة القواعد القانون لمحنة التمييز ص ١٩٣ رقم ٣٦ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « من المقرر في مجال الارتباط فيما بين الالتزامات المتعاقبة في العقد الملزم للجانبين أن يكون التنفيذ من جهة مقابلاً للتنفيذ من الجهة الأخرى . فتعتبر الالتزامات المتعاقبة مستتقة التنفيذ في وقت واحد . فإذا قام أحد المتعاقدين بالتزامه فإن الالتزام المقابل له بذمة =

كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر مضافاً إليه الباعث الذي دفعه إلى التعاقد ، عن نحو ما سوف نبينه عند دراسة السبب كركن في العقد . وهكذا فإذا لم يتم التزام أحد العاقدين لأمر أو لآخر ، فقد الالتزام الآخر سببه ، وبطل بالتالي العقد كله . ومن ناحية ثانية ، إذا لم يتم أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه . كان للطرف الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه . وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . ومن ناحية ثالثة ، يسوغ في العقود الملزمة للجانبين ، عند عدم أداء أحد طرفيها التزاماً عليه . أن يطالب الطرف الآخر من القاضي بالحكم بفسخ العقد . حتى تزول الالتزامات التي يرتبها عليه . هكذا يعمل في العقود الملزمة للجانبين بنظائر الدفع بعدم التنفيذ والفسخ ، في حين أنهما لا يطبقان في العقود الملزمة لجانب واحد . وكذلك يختلف مضمون السبب كركن لازم لقيام العقد . في العقود الملزمة للجانبين عنه في في العقود الملزمة لجانب واحد .

#### ٣٤- العقود الفورية والعقود المستمرة أو عقود المدة :

تنقسم العقود . بحسب ما إذا كان الزمن دخل في تحديد مدى ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها أم لا . إلى عقود فورية وعقود مستمرة أو زمنية أو عقود المدة .

فالعقود الفورية Contrats instantanés هي التي لا يتدخل الزمن في

---

=-العقود الآخر يكون مستحقاً ومنجزاً في ذات الوقت . وعليه أداءه بغير حاجة إلى إنذار رسمي أو أى إخطار آخر قبل رفع الدعوى » . وبين لنا على هذا الحكم ملاحظتان : حاصل الأولى أن عبارة الحكم جاءت مطلقة على نحو يوحى بأن مبدأ تماصر تنفيذ الالتزامات المتقابلة هو مبدأ يتم بالشمول والاطلاق ، وذلك في حين أنه ليس كذلك . فمن الممكن أن يخالف ويتوجب أداء التزامات أحد العاقدين فوراً ، حالة كون التزامات الآخر مؤجلة التنفيذ . وذلك إذا قضى به القانون أو الاتفاق أو طبيعة العقد . وحاصل الملاحظة الثانية أن الحكم قد جانبه التوفيق بقوله إنه عند قيام أحد العاقدين بالتزامه يتوجب على العاقد الآخر أن يقوم بدوره بالتزامه بغير حاجة إلى إنذار أو إخطار . فإذا كان صحيحاً أنه يتوجب على العاقد تنفيذ التزاماته . عندما يفي المتعاقد الآخر بما يفرضه من الالتزامات ، إلا أنه لا يعتبر محلاً بها إلا بعد إخطاره . وفقاً للقواعد العامة ، ما لم يكن إخطاره غير متطلب قانوناً .



تحديد مقدار ما يؤدي من الالتزامات المتولدة عنها . وسيان بعد هذا أن يتدخل في تحديد وقت نفاذها أو لا يتدخل . فالبيع مثلا عقد فوري التنفيذ ، لأن التزامات البائع والتزامات المشتري تؤدي ، دون أن يتدخل الزمن في تحديد مقدارها ومداها . فالإيجار البائع ينقل الملكية والتزامه بالتسليم ، وكذلك التزام المشتري بدفع الثمن . هذه الالتزامات كلها تنبثق في مداها دونما دخل للزمن . وما يؤدي من هذه الالتزامات يؤدي مرة واحدة دون تكرار . فالبايع لا يسلم المبيع ولا ينقل ملكيته إلا مرة واحدة . والمشتري لا يدفع الثمن إلا مرة واحدة كذلك . من أجل هذا يقال عن البيع إنه عقد فوري . أو هو فوري التنفيذ . ولا يغير من وصفه هذا أن يقرر تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بأجل محدد . لأن الأجل هنا لا يؤثر في مدى ما يؤدي من التزامات ، ولكنه يؤثر فقط في وقت تنفيذها . فلن أرجى قيام المشتري بتنفيذ التزامه بدفع الثمن . مثلا . أو اشترط دفع هذا الثمن على أقساط . فلن هذا لا يؤثر في مقدار الثمن الذي يجب دفعه <sup>(١)</sup> .

أما العقود المستمرة *Contrats successifs* أو عقود المدة *Contrats de durée* . كما يتجه بعض الفقهاء إلى تسميتها في مصر . فهي تلك التي يتوقف مقدار ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها على الزمن . إذ أن هذه الالتزامات تضيق في مداها أو تتسع . بحسب قصر أو طول المدة التي ينفذ العقد خلالها . ومثال العقود المستمرة . عقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد . فكلما طاللت مدة عقد الإيجار . مثلا . كلما اتسع نطاق

(١) وإحقيقة أن اصطلاح « العقود الفورية » الذي هو ترجمة لفظية للاصطلاح المقابل في اللغة الفرنسية ، من شأنه أن يذهب إلى اللبس الذي أردنا أن نحذر منه في المتن . ذلك لأن لفظ « الفوري » قد يشير في اللحن أن أداء الالتزامات الناشئة من العقد يتم فور قيامها . ولعله كان من الأوفق أن يستبدل بإصطلاح « العقود الفورية » اصطلاح آخر من شأنه أن يبعد اللبس الذي أظهرناه . ولعله كان من الممكن هنا أن نقول : « العقود وحدوية التنفيذ » ، بمعنى أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها يتم مرة واحدة دون تكرار . ليميز بذلك التقابل بين العقود التي نحن بصدها والعقود المستمرة التنفيذ . ولكننا لسنا من أنصار التجديد في الاصطلاحات المستقرة الثابتة . إذ أن المبررة في الاصطلاحات العلمية عامة ، والقانونية منها خاصة ، هي بما قد عليه ويفهم منها .

التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة . وهكذا فالزمن عنصر أساسي في العقود المستمرة ، في حين أنه لا يعتبر كذلك في العقود الفورية .

ولتقسيم العقود إلى فورية ومستمرة أهمية كبرى . وترجع تلك الأهمية إلى أن الزمن ، إذا فات ، لا يعود . ففوات الزمن يؤثر بالضرورة في العقود المستمرة . ولكنه لا يؤثر في العقود الفورية . ومن أهم مظاهر هذا التأثير مايلي :

١ - إذا وقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة ، سواء أحصل ذلك برضا عاقلديه أم بسبب أجنبي لايد لأيهما فيه . انتقص ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنه ، في حدود مايقابل مدة الوقف . فإذا أغرقت السيول ، مثلا ، العين المؤجرة ، وحالت بذلك دون انتفاع المستأجر بها مدة من الزمن . زال التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين خلال تلك المدة . وزال أيضاً التزام المستأجر بدفع الأجرة فيما يقابلها . أما العقود الفورية . فوقف تنفيذها لا يؤثر في مقدار ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها . فهو لا يعدو أن يكون ارجاء لأداء تلك الالتزامات ، التي تظل عتقطة بمقدارها كاملة .

٢ - فسخ العقود الفورية أو انفساخها يؤدي إلى زوالها بأثر رجعي ، كمساعدة عامة . فهي تعتبر نتيجة فسخها أو انفساخها . كأن لم تبرم أصلا . الأمر الذي يترتب عليه إرجاع عاقلديها إلى الحسالة التي كانا عليها قبل إبرامها . أما العقود المستمرة ، فلا يكون لفسخها أو انفساخها أثر رجعي . بل يقتصر أثره على إنهاؤها بالنسبة إلى المستقبل فحسب (١) و (٢) . والسبب في ذلك أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود يقوم في أساسه على الزمن .

---

(١) . وسوف نعود إلى ذلك . عند الكلام في الفسخ والانفساخ كسبيل لتحلل العقد .  
(٢) بل إن القضاء الفرنسي . متأثراً في ذلك باعتبارات إنسانية لمصلحة العامل ، يسير ، بصدد عقد العمل ، على عدم إعمال فكرة الأثر الرجعي حتى بالنسبة إلى البطالان نفسه ، ولو كان هذا البطالان متعلقاً بالنظام العام ، ما لم تكن المخالفة التي أدت إليه جسيمة فادحة . راجع في ذلك : مؤلفنا : أحكام قانون العمل الكويتي ، نبذة ١٥٨ .

والزمن الذي فات لا يعود . فإذا بدأ ، مثلاً ، تنفيذ عقد الإيجار ، ثم تقرر فسخه . ما كان في مقدورنا أن نزيل من الوجود انتفاع المستأجر بالعين في المدة السابقة على الفسخ . فهذا الانتفاع قد تم بالفعل ولا سبيل إلى إزالته . من أجل هذا يقتصر فسخ الإيجار على إنهائه بالنسبة إلى المستقبل . دون أن يكون له أثر بالنسبة إلى الماضي .

### ٣٥ - العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية :

تنقسم العقود ، بحسب ما إذا كان من الممكن عند إبرامها تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها أم لا : إلى عقود محددة القيمة وعقود احتمالية .

فالعقد محدد القيمة (Contrat commutatif) هو ذاك الذي يمكننا ، عند إبرامه ، أن نبين قيمة الالتزامات الناشئة عنه ، بحيث يستطيع كل متعاقد أن يعرف ، في هذا الوقت ، مدى ما يأخذه ومدى ما يعطيه بمقتضاه . ومثال العقود محددة القيمة . بيع شيء معين أو إيجاره نظير مبلغ نقدي ، عدد كسمن أو كأجرة . فهنا نستطيع أن نبين . عند إبرام العقد ، مدى ما يعطيه ويأخذه كل من البائع والمشتري أو المؤجر والمستأجر .

أما العقد الاحتمالي Contrat aléatoire فهو ذلك الذي لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنه أو أحدها ، عند إبرامه : بل تتوقف تلك القيمة على عوامل مستقبلية للصدفة فيها أثر كبير . ومثال العقود الاحتمالية عقد التأمين . والبيع الذي يكون اتخ فيه لإيراداً مرتباً لمدة حياة المشتري . فلا نستطيع ، مثلاً ، عند إبرام عقد التأمين على الحياة . أن نعرف قيمة المبالغ التي يدفعها المؤمن له لشركة التأمين . فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها . فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد . وقد تمتد الحياة إلى أن يدفع الكثير منها .

وتقسم العقود التي محددة القيمة واحتمالية يكاد يكون عديم الفائدة قانونياً ، اللهم إلا بالنسبة إلى نوع معين من العقود الاحتمالية : وهي تلك التي

تقوم على المضاربة والمقامرة . كبيع القطن قديماً في البورصة لأجل . وهو ما كان يطلق عليه « الكونتات » . حيث إن القضاء وعلى رأسه محكمة النقض قد استقر على عدم سريان نظرية الحوادث الطارئة على هذا النوع من العقود (١) . بخلاف الأصل في العقود بوجه عام .

### ٣٦ - العقود المدنية أو عقود القانون الخاص والعقود الإدارية :

ثمّة تقسيم جديد للعقود ، شق طريقه إلى دنيا القانون . من وقت ليس بعيد . بعد أن لم يكن معروفاً من قبل . وذلك هو تقسيم العقود إلى عقود مدنية وعقود إدارية .

ف فكرة العقود الإدارية هي فكرة جد حديثة . فهي ترجع إلى مطلع القرن الذي نعيشه . وهي ترجع في نشأتها إلى القضاء الإداري الفرنسي . وأساس نشأتها هو توزيع الاختصاص ، في شأن العقود عامة ، بين القضاء العادي والقضاء الإداري .

فلقد كان معيار التفرقة ، في فرنسا . بين اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري . يتمثل في فكرة عمل السلطة *acte d'autorité* . ومؤدى هذه الفكرة أنه إذا كان العمل قد قامت به الإدارة باعتبارها ممثلة للسيادة والسلطان في الدولة . كفرض ضريبة أو استيلاء على مال للفرد أو نزع ملكيته . اعتبر عملاً إدارياً وخضع بالتالي للقضاء الإداري . أما إذا كان عمل الإدارة قد صدر عنها باعتبارها شخصاً عادياً . اعتبر عملاً مدنياً . وخضع للقضاء العادي . وكان يعتبر من شاكلة هذا الصنف الأخير من الأعمال العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد أو الشركات بوجه عام . كبيع مال مملوك للدولة ملكية خاصة أو إيجاره وكعقد مقولة لإجراء الأشغال العامة .

وعلى مر الزمن . بدأ المشرع الفرنسي . في نطاق محدود . بخضوع عقوداً بعينها من تلك التي تبرمها الإدارة للقضاء الإداري . كمعقد الأشغال

---

(١) انظر نقض ١٩٦٦/٢/١٥ مجموعة أحكام النقض ص ١٧ ص ٢٨٧ قاعدة ٣٨ .  
وانظر ماسيجي ، نبذة . . .

العامة وعقود بيع أملاك الدولة الخاصة . ومن هنا نشأت فكرة العقود الإدارية ، باعتبارها متميزة عن غيرها من العقود ، من حيث اختصاص القضاء الإدارى بالمنازعات التى تثور حولها . دون القضاء العادى . وقد كانت الفكرة السابقة ، فى بادئ الأمر ، محدودة فى نطاقها بالعقود التى يعينها المشرع نفسه *Contrats administratifs par détermination de la loi* . ثم أخذ مجلس الدولة الفرنسى يتوسع فى فكرة العقود الإدارية ، بغية الزيادة فى اختصاصه . إلى أن انتهى إلى إطلاق فكرة العقد الإدارى . وجعلها شاملة كل عقد تبرمه الإدارة فى شأن تسيير أو تنظيم المرفق العام . قوئياً كان هذا المرفق أم جلياً .

ولم تنشأ فكرة العقود الإدارية فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة فى سنة ١٩٤٦ ، حيث إن أساس نشأتها المتبثل فى وضع معيار للتفريق ، فى صدد العقود . بين اختصاص القضاء العادى والقضاء الإدارى لم يتواجد من قبل . بل إن فكرة العقود الإدارية لم تبدأ فى الظهور فى مصر إلا فى سنة ١٩٤٩ ، حينما عدل قانون مجلس الدولة الصادر فى سنة ١٩٤٦ بما يدخل فى اختصاصه لأول مرة النظر فى المنازعات المتعلقة ببعض العقود الإدارية . وهى عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد . وذلك دون أن يرفع القانون النظر فى المنازعات السابقة عن القضاء العادى . الأمر الذى جعل الاختصاص بالعقود السابقة اختصاصاً مزدوجاً . وجاء قانون مجلس الدولة الصادر فى سنة ١٩٥٥ . ومن بعده قانون مجلس الدولة الحالى ( القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ) بمنحان لمجلس الدولة وحده ، دون القضاء العادى . الاختصاص بنظر المنازعات بأى عقد إدارى على وجه العموم والشمول (١) . وعلى هذا النحو . أخذت تقيم العقود إلى عقود مدنية ، أو عقود القانون الخاص . وعقود إدارية (٢) . يتسم بأهمية بالغة فى مصر .

(١) راجع المادة ١٠ من كل من القانونين رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) راجع فى تحديد الطبيعة الإدارية للعقد : ثروت بدوى ، المعيار المميز للعقد الإدارى .

مذلة منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٢٧ ع ٣٠ ص ١١٥ وما يعلها .

فالمنازعات المتعلقة بالعقود الأولى تدخل في اختصاص القضاء العادى ،  
فى حين أن تلك المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل فى اختصاص القضاء الإدارى .

والعقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام ، أى جهة  
من جهات الإدارة ، بقصد تنظيم أو تشغيل مرفق عام . وتظهر فيه نية  
الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام . بأن كان يتضمن شروطاً غير  
مألوفة *Clauses exorbitantes* فى القانون الخاص . فقوم العقد الإدارى  
الاعتبارات الثلاثة الآتية :

١ - الإدارة فيه طرف ، وسواء فى ذلك أكانت فى إجراءاتها المقد  
محملة لسيادة والسلطان من علمه .

٢ - أن تبرم الإدارة العقد بقصد تنظيم أو تسيير مرفق عام .

٣ - أن يتضمن العقد وسائل القانون العام بالنسبة إلى تنفيذه : بأن ينطوى  
على اشتراطات غير مألوفة فى مجال تطبيق القانون الخاص ، كأن يشترط  
فى العقد منح جهة الإدارة حقوفاً وامتيازات لا تثبت فى مجال العقود المدنية .  
وكان يتضمن العقد شروطاً من شأنها أن تحول المتعاقد مع جهة الإدارة  
سلطات استثنائية فى مواجهة الغير ، بمعنى أن تحوله مباشرة بعض مظاهر  
السلطة العامة . أو أن تشركه مع جهة الإدارة فى تسيير المرفق العام .

ولتقسيم العقود إلى مدنية وإدارية أهمية بالغة . فإلى جانب تنوع  
الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بكل منها بين القضاء الإدارى والقضاء العادى  
الذى هو أصل نشأة التفرقة ، أخذت العقود الإدارية تختلف عن نظيرتها  
المدنية فى أمور عديدة أخرى . وإن بقيت بطبيعة الحال خاضعة لأحكام  
نظرية العقد المنصوص عليها فى القانون المدنى . والى نعرضها فى هذا المؤلف .  
فى غير مايرد عليه التخالف .

ويرجع أساس التخالف فى الحكم فى بعض النواحي بين العقود المدنية  
من ناحية . والعقود الإدارية من ناحية أخرى ، إلى أن القضاء الإدارى  
يتميز عن القضاء العادى بأنه لا يتقيد بالقانون على النحو الدقيق الصارم

الذى يتقيد به هذا الأخير . فكثيراً ما يعمد القضاء الإدارى إلى عدم التقيد الصارم بأحكام القانون ، إذا مادعته إلى ذلك اعتبارات المصلحة العامة ، وهذا ما أدى إلى أن يقال عنه إنه قضاء بريئورى أو قضاء ذو نزعة بريئورية ، إشارة إلى دور البريتر فى القانون الرومانى فى تطوير هذا القانون وتخفيف حدته ، ولو كان ذلك على حساب صارم قواعده . ومن الأمور التى يتخالف فيها العقد الإدارى عن العقد المدنى ، على نحو ما سار عليه القضاء الإدارى ، عدم ثبوت الرخصة للقاضى فى تخفيض مقدار الشرط الجزائى عند مخالفة المتعاقد مع الإدارة لمقتضى التزامه <sup>(١)</sup> ، وهى الرخصة المقررة بالمادة ٢٢٤ مدنى . ولاننسى ، فى المجال الذى نحن بصده ، دور القضاء الإدارى الفرنسى فى القول بنظرية الظروف الطارئة فى خصوص العقود الإدارية ، على نحو لا يتفق مع نصوص مدونة نابليون . وعلى الخصوص المادة ١٢٣٤ منها ، ويتخالف مع ماتسبر عليه إلى الآن عمكة النقص الفرنسية .

---

(١) انظر نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٣ ، طعن ٢٦٢ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١٠٨١ رقم ١٥٤ . وقد جاء فى هذا الحكم : « غرامات التأخير التى ينص عليها فى العقود الإدارية تختلف فى طبيعتها عن الشرط الجزائى فى العقود المدنية ، إذ أن هذه الغرامات جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه فى المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام واطراد . وفى سبيل تحقيق هذه الغاية ، يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها فى تلك العقود من تلقاء نفسها ودون حاجة إلى صدور حكم بها ، وذلك بمجرد وقوع المخالفة التى تقررت الغرامة جزاء لها . كما أن لها أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التى تكون مستحقة فى ذمتها للمتعاقد المتخلف . ولا يتوقف استحقاق الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء اخلال هذا المتعاقد بالتزامه ، ومن ثم فلا تلتزم بإثبات هذا الضرر ، كما أنه لا يجوز للطرف الآخر أن ينازع فى استحقاقها للغرامة كلها أو بعضها بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة فى تقدير الغرامة فى العقد للرجح لانتساب مع قيمة الضرر الحقيقى - وكان أن للإدارة سلطة توقيع الغرامة عند التأخير فى تنفيذ الالتزام ، فإن لها أيضاً سلطة التنفيذ المباشر بأن تحمل بنفسها على المتعاقد المتخلف أو المحصر فى تنفيذ الالتزام أو تمهيد بتنفيذه إلى شخص آخر . . . » . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض مدنى ١٩٦٤/٢/٦ طعن ٢٥٣ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٢١٣ رقم ٣٧ - نقض مدنى ١٩٦٥/١٠/٢٦ طعن ٤٧١ س ٣٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٢٢ رقم ١٤٥ - نقض ١٩٦٥/١١/٢٣ طعن ٨٧ لسنة ٣١ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ١١٢٦ رقم ١٧٦ - نقض ١٩٦٦/٤/٧ ط ٣٢/٢٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٨٢٥ .

ولقد كان للقضاء الإدارى الفرنسى ، بقوله بإعمال نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية ، فضل غرس نواة هذه النظرية ، التى سرعان ما تم تطبيقها على كل العقود ، فى الكثير من البلاد ومن بينها مصر ، على نحو ما سنتبينه عند تناول تلك النظرية فى باب آثار العقد<sup>(١)</sup> .

### ٣٧ - تقسيمات العقود فى الفقه الإسلامى :

بخلاف ما رأيناه فى الفكر القانون المعاصر ، لم يلجأ الفقه الإسلامى التقليدى إلى تقسيم عام شامل للعقود . وليس هذا بغريب . فقهاء المسلمين لم يصلوا إلى حد وضع نظرية عامة للعقد ، تتضمن بين رحابها الأسس التى تقوم عليها العقود بوجه عام ، والأحكام المشتركة التى تمرى عليها كلها أو أكثرها ، شأنهم فى ذلك شأنهم فى كافة الموضوعات الأخرى ، حيث اقتصررت اجتهاداتهم على استنباط الحلول الفردية الخاصة بالمسائل المختلفة ، من غير أن يعمدوا إلى التأسيس والتركيز ، إلا فى أقل القليل . وإذا كان فقهاء المسلمين التقليديون لم يصلوا إلى وضع نظرية عامة للعقد ، فإنهم قد قنعوا بأن يأخذوا كل عقد على حدة ، ليبيّنوا قواعده وأحكامه ، حتى إذا ما فرغوا منه ، انتقلوا إلى غيره . بل إنهم ، فى تناولهم للعقود المختلفة ، لم يراعوا منطقاً ولا ضابطاً يهديهم فى ترتيب سردها . وإنما اتبع الكثير منهم ، فى سرد العقود التى تناولوها ، ترتيباً قائماً على محض التحكم . الأمر الذى أدى إلى وقوع اختلاف كبير فى ترتيب العقود عند فقهاء المسلمين ، على نحو ربما لا يخلو من الإصراف والسطط<sup>(٢)</sup> .

---

(١) ومن الأمور التى يقع فيها التخالف بين العقود الإدارية والعقود المدنية ، هل نحو ما يسر عليه الفكر القانونى الإدارى ، عدم اعمال النفع بعدم التنفيذ من المتعاقد مع جهة الإدارة - انظر فى ذلك : سليمان الهامى ، العقود الإدارية ط ٣ ص ٩٤ .

(٢) بل إن من فقهاء المسلمين من أورد أحكام العقود وفق ترتيب لا يتسق مع فن القانون وحسن صناعته ، ويتجافى مع ما عرف عن فقهاء المسلمين من علو كمهم فى المنطق . ومن هؤلاء السرخسى ( القرن الخامس الهجرى ) الذى بدأ بالدوامة ( وهى عقد قليل الأهمية نسبياً ) ، فى حين أن البيع ( وهو أهم العقود قاطبة ) لا يأتى عنده إلا فى المكان الخامس ، بعد الدوامة والمارية والشركة والهبة .



وإذا كان التقليديون من فقهاء المسلمين لم يلجأوا إلى تقسيم العقود ، فإن بعض الحديثيين منهم ، متأثرين في ذلك بالفقه القانوني المعاصر ، قد حاولوه ، وإن لم يصلوا فيه إلى ذروة النجاح <sup>(١)</sup> . ولعل أقرب تقسيات العقود إلى المطلق ، فيما قال به فقهاء المسلمين الحديثيون ، هو ذلك الذي قال به الأستاذ أحمد قدرى باشا في مؤلفه القيم « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » . وهو يقوم على تقسيم العقود ، بحسب موضوعها ، إلى عقود ترد على الأعيان لتمليكها بعوض ( البيع ) ، أو بغير عوض ( الهبة ) ، وعقود ترد على الأعيان لحفظها ( الوديعة ) أو لاستهلاكها ورد بدلها ( القرض ) ، وعقود ترد على عمل الإنسان <sup>(٢)</sup> . وقد أخذ القانون المدني العراقي هذا التقسيم ( المادة ٧٤ ) .

وقد نحت « الهبة » منحى الفقه الإسلامى التقليدى . فلم تتعرض لتقسيمات العقود . واكتفت بسرد أحكام كل منها وفق ترتيب اتبعته ، لا ترى فيه منطقاً ولا ضابطاً ولا حتى مجرد فكرة تجمع بين ما تقدم منها وما تلاه ، إلا فى القليل . وقد أفردت الهبة كتاباً خاصاً لكل عقد : فيما عدا الوديعة والعارية حيث جمعتها فى كتاب واحد ، أطلقت عليه عنوان « الأمانات » .

وقد استهل « الهبة » العقود <sup>(٣)</sup> بالبيع ، ثم الأيجار ، فالكفالة ، فالحوالة فالرهن ، فالوديعة والعارية ، فالهبة ، فالشركة ، فالصالح <sup>(٤)</sup> .

(١) ومن أهم تقسيات الفقهاء الحديثيين للعقود هو تقسيم العقود إلى عقود معاوضة ( كالبيع والأيجار ) ، وعقود تبرع ( كالهبة والعارية والوديعة بلا أجر ) وأن كانوا يضيفون إلى هذين الصنفين من العقود صنفاً ثالثاً يشمل ما يسمونه عقود تبرع ابتداءً ومعاوضة انتهاءً ، ويمثلون له بالكفالة والرهن . وهناك تقسيم آخر عند الفقهاء الحديثيين ، يقوم على تجزئة العقود إلى ودائع أو أمانات ( الوديعة والعارية والرهن ) ووكالات ( الوكالة والفكرة ) والتوثيقات ( الكفالة والحوالة والرهن ) .

(٢) راجع مرشد الحيران فى المواد ٢٦٣ - ٢٦٦ .

(٣) وذلك بعد أن انتهت ، فى المائة الأولى من مواضعها ، من تناول القواعد الفقهية العامة .  
(٤) ولم تكتف الهبة ، فى سردها لأحكام العقود ، بعدم اتباع منطق ظاهر فى الترتيب ، بل أنها لجأت إلى قطع هذا الترتيب بالتمرس لأمور لا تمت إلى العقود بصلة . فقد ذكرت أحكام النصب والائتلاف والحجر والاكراه والشفعة ، فى الكتابين الثامن والتاسع بين الهبة والشركة .

### ٣٨ - هل العقود في الشريعة الإسلامية واردة على سبيل الحصر ؟

عرفنا ، فيما سبق ، أن الفقه الإسلامى التقليدى تناول العقود عقداً عقداً ، دون أن يعتمد إلى تقسيمها إلى الطوائف والفصائل التى يمكن تفريعها إليها . ولعل من أهم ما يثيره هذا الاتجاه من تساؤلات هو معرفة ما إذا كانت العقود التى أوردتها الفقه الإسلامى التقليدى ، والتى أضفى على كل منها بالضرورة اسماً يميزه عن غيره . والتى يمكن ، بلغة القانون العصرى ، أن يطلق عليها اصطلاح « العقود المسماة » ، هى وحدها التى تجوز مباشرتها ، أم أنه يسوغ للناس أن يبرموا عقوداً أخرى غيرها ، وهى تلك التى تقابل فى القانون العصرى العقود غير المسماة أو غير المعينة ؟ وبعبارة أخرى ، هل العقود التى أتى بها الفقه الإسلامى واردة فيه على سبيل الحصر ؟

إن أهمية هذا الموضوع لا تخفى على أحد . أن ظروف الحياة تتغير على مر الزمن . بل هى تختلف ، فى الزمن الواحد ، من بلد إلى بلد . فهل يجب على المسلمين ، فى وقتنا الحاضر ، أن يعتبروا العقود التى أوردتها الفقه الإسلامى المذكورة فيه على سبيل الحصر ، ومن ثم يتحتم عليهم أن يقنعوا بها فى تنظيم أمورهم ، أم أن لم أن ينشئوا عقوداً أخرى لم تكن من قبل ، تتسق مع ما استجد من ظروف معاشهم ؟ وإذا أردنا أن نتخذ لذلك من واقع الحياة عندنا مثالا ، فلا يوجد أفضل من أن نسوق عقد التأمين . ففقهاء المسلمين لم يعرفوا هذا العقد . شأنهم فى ذلك شأن الأقدمين فى شرائع الدنيا قاطبة . فهل يحق لنا أن نستخلص من ذلك عدم جواز التجاء المسلمين إلى هذا العقد فى حين أنه أصبح اليوم ضرورة اجتماعية واقتصادية ليس لأى مجتمع متحضر عنها غناء ؟

لعل النظرة العابرة فى شريعة المسلمين تتيح لقائل أن يقول إن العقود التى أوردتها فقهاؤها المذكورة فيها على سبيل الحصر ، وإنه لا يسوغ إذن للمسلمين أن يبرموا غيرها .

ومن الممكن أن نجد لهذا رأى دعامة فيما لجأ إليه الفقهاء ، فى صدد كل

عقد ، من البحث عن أصل يسند إليه ويرر شرعيته ، سواء أكان هذا الأصل نصاً في القرآن ، أو أثرأ في سنة رسول الله ، أو إجماعاً ، أو عرفاً ، أو حتى مجرد فائدة للناس . فقلله يحلو للبعض أن يستخلصوا من هذا السلوك أن العقود ، في شريعة المسلمين ، لا تتجاوز تلك التي أوردتها فقهاؤهم الأقدمون ، وأنه لا يصبح لنا الآن أن نلجأ إلى غيرها ، سيما أن نظرة الجمود والتمت التي لازالت غالبية على أذهان الكثيرين ، قد تجعلهم يقصرون الإجماع والعرف والمصلحة على ما وقع منها في صدر الإسلام ، دون ماعساه أن يقع منها الآن .

وثمة أمر ثان ، قد يرى فيه البعض دعامة أخرى للرأى القائل بورود العقود في الشريعة الإسلامية على سبيل الحصر . ذلك أن الفقه الإسلامي ينظر إلى العقود التي يبيحها نظرة يغلب عليها الضيق ، الأمر الذي أدى بهم إلى أن يقصروا إباحتها على الحالات وفي الحدود التي كانت سائدة حين تقرير شرعيتها ، دون تلك التي تستجد بعدئذ <sup>(١)</sup> . كما أنه قد أدى بهم إلى حظر كثير من الشروط التي يتفق عليها العاقدان في عقودهم ، بحجة أنها ليست من مقتضياتها ولا من ملاءماتها <sup>(٢)</sup> . وإذا كان ذلك كذلك بالنسبة إلى العقود التي أوردتها الفقه الإسلامي ، فرب قائل أن يزعم أن هذه النظرة الضيقة تعلى علينا ألا نبيح العقود التي لم يوردها .

ومع ذلك فنحن نرى أن العقود في ظل الشريعة الإسلامية غير واردة على سبيل الحصر . ومن ثم فيجوز تحت رحابها ممارسة أى عقد ، ولو لم يكن من العقود التي بينها فقهاؤها ، طالما كان فيه نفع للناس ، وبشرط واحد

---

(١) ومن ذلك ، مثلا ، ما قال به بعض الفقهاء من أنه لا يصح تأجير الأشجار لتجفيف الثياب عليها ، ولا تأجير الثياب لفرد الزو بها ، في حين أن الفقه الإسلامي أباح عقد الأيجار عامة . وحجتهم أن عقد الأيجار ، باعتباره مخالفاً للأصل العام في الفقه الإسلامي الذي يقضى بعدم جواز التعامل في الأشياء المستقبلية ، لم يسمح به إلا استحصانا لمصلحة الناس . ومن ثم فهو لا يجوز إلا في حدود تلك المصلحة . وكان تأجير الأشجار لتجفيف الثياب عليها مثلا ، عديم الفائدة . (٢) فصل سبيل المثال ، حظر بعض الفقهاء ، في عقد البيع ، اشتراط انتفاع البائع بالمبيع بعد تمام البيع . انظر شفيق شحاته ، المرجع السابق ، ليفة ١٢٠ .

هو ألا يكون مخالفاً لأصل أساسى من أصول الشرع الحنيف ، وبعبارة القانون المعاصر ، ألا يكون مخالفاً للنظام العام .

وسندنا فيها رأينا هو أنه لا يوجد فى الفقه الإسلامى ما يحظر ممارسة العقود التى لم ترد فيه . والقاعدة أنه مالم يس بمحظور فهو جائز .

ثم إن الأصل فى الشريعة الإسلامية هو ، كما يقول الرسول صلوات الله عليه : « المسلمون عند شروطهم » . ومودى ذلك أن كل مسلم يلتزم باحترام الشرط الذى يقطعه على نفسه <sup>(١)</sup> ، طالما كان غير مخالف للدين . وواضح أن الحديث هنا ورد مطلقاً عاماً ، فلا يسوغ قصره على مجال دون آخر ، أو على عقد دون آخر . فالمطلق يجرى على إطلاقه ، إذا لم يتم دليل التقييد نصاً أو دلالة ( المادة ٢٤ من المحلة ) .

وفضلاً عن هذا وذاك ، نجد الفقه الإسلامى ، فى عصره الذهبى ، يميز الالتجاء إلى عقود جديدة ، إذا درج عليها العرف ، أو حتى كان فيها مصلحة للناس . بل ذهب إلى أكثر من ذلك ، حيث أجاز عقوداً لا تتفق تماماً مع الأصول التى نادى هو نفسه بها . ومن ذلك إباحته عقد الإيجار ، برغم أنه يقوم على منفعة الشئ المؤجر للمستقبل ، وفى حين أن الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها لا تميز التعامل فى الأشياء المستقبلية . بل إن الفقه الإسلامى ، فى عصره الذهبى ، وصل ، فى سبيل التيسير على الناس وتحقيق منفعتهم ، إلى إباحة بيع السلم ، وهو بيع الشئ المستقبل بضمن يدفع حالا ، أو فى لغة الشرعيين ، هو بيع المؤجل بالمعجل ، فى حين أن هذا البيع ، إلى جانب كونه يرد على شئ مستقبل ، يقوم على شئ من الغرر ، والغرر أمر بغيض فى الإسلام .

مما سبق نخلص إلى أن العقود التى أوردها الفقه الإسلامى ليست واردة فيه على سبيل الحصر ، ومن ثم يجوز ، فى ظل الشريعة الإسلامية الفراء ، مباشرة أى عقد آخر ، ليوافق ما يستجد عند الناس من حوائج وأمر ،

---

(١) راجع فى ذلك بدائع الصنائع جزء ٥ ص ٢٥٩ .

بشرط ألا يكون هذا العقد مخالفاً لأصل من أصول الدين الإسلامى ورفيع أخلاقياته . بل إنه ، قياًساً على إباحة الفقه الإسلامى بعض العقود برغم أنها لا تنسق تماماً مع الاتجاهات التى ينادى بها ، كالإيجار وبيع السلم ، لانرى ثمة ما يمنع ، تحت ظله ، من إباحة العقود التى تقتضيها حاجات الناس ومصالحهم ، حتى لو كانت غير متمشية تماماً مع اتجاهات الفقه الإسلامى ، بشرط ألا تكون ، بطبيعة الحال ، مخالفة لأصل جوهرى من أصول الشرع الحنيف . فالدين سر لاعسر . ومارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، كما قال الصحابى الكريم عبد الله بن مسعود . وعلى أية حال فالضرورات تبيح المحظورات .

ونريد بما قدمنا أن نصل إلى القول بأننا لانرى ، مثلاً ، فى عقد التأمين ( وقد بلغت أهميته الآن إلى الحد الذى أصبح معه متعلزاً على أى مجتمع متحضر الاستغناء عنه ) عقداً محظوراً فى شرع المسلمين .

# الباب الأول

## قيام العقد

٣٩- لكي يقوم العقد ، يلزم أن تتوافر له أسس وجوده ، أى أركانه .  
وأركان العقد ، فى القانون المعاصر <sup>(١)</sup> عامة ، والقانون المدنى المصرى  
خاصة ، هى الرضاء والمحل والسبب <sup>(٢)</sup> ، وذلك إلى جانب الشكل ، فى

---

(١) وفى الفقه الإسلامى ، إذا صرفنا النظر عن التفريق بين ما يسمى فيه ركن العقد وشرايطه ، حيث يكون أثر الإخلال فى الحالتين واحداً وهو البطالان ، وحيث يدخل ركن العقد وشرايطه فيما يسمى « أصل العقد » ، نستطيع أن نرد أركان العقد إلى اثنين أساسيين :  
هما التراضى والمقود عليه ، أو المحل ، كما يسمى فى الفقه المعاصر . أما السبب ، باعتباره  
ركناً فى العقد ، فتجد المذاهب الإسلامية مختلفة بصدده .

(٢) حل أن تصوير العقد حل اعتبار أنه يقوم ، كأصل عام ، حل ثلاثة أركان ، هى  
الرضاء والمحل والسبب ، لم يخل من العقد . فقد اعترض عليه البعض بقوله إن العقد لا يقوم  
إلا حل ركن واحد ، هو الرضاء ، أما المحل والسبب فهما ركنان فى الالتزام ، وليس فى العقد  
الذى يولده ( انظر من ينصرون هذا الرأى : Colin et Capitant ج ٢ نبرة ٨٠  
حشمت أبو سبت ، نظرية الالتزام ج ١ نبرة ٧٢ - أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، نبرة ٣٧ )  
واعترض عليه البعض الآخر بقوله إن الرضاء والسبب هما ركنان العقد ، أما المحل فهو ركن الالتزام  
( انظر : السبوري ، الوسيط فى مصادر الالتزام ج ١ نبرة ٦٨ ) .

وإذا نظرنا إلى المحل ، باعتباره ، الأمر الذى يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله ،  
وجدناه يمثل ، فى الحقيقة ، ركناً فى الالتزام بصفة مباشرة . ومع ذلك فهو ليس غريباً عن  
العقد . بل إنه يعتبر أيضاً ركناً فى العقد ، وإن كان ذلك بصفة غير مباشرة . إذ أن المحل المباشر  
للعقد ، باعتباره مصدراً للالتزامات ، هو ذات الالتزامات التى ينشأ . وهكذا فإ يعتبر  
محلاً مباشراً للالتزام يتبع محلاً غير مباشر للعقد الذى يولده . ونتيجة ذلك أن عدم توافر  
الشروط القانونية فى محل الالتزام لا يودى إلى عدم قيام هذا الالتزام فحسب ، بل يودى أيضاً  
إلى بطلان العقد الذى كان من شأنه أن يرتبه ( المادة ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدنى ) . وإذا كان  
الأمر كذلك ، فهنا :لا اعتبار الذى أدى منه التقدم إلى الخلط بين محل الالتزام ومحل العقد ،  
وساخ أن نتناول محل الالتزام ، باعتباره ركناً فى العقد ، لا يقوم بغير توافره .

أما السبب ، فهو يعتبر ، فى الحقيقة ، ركناً فى العقد ، أكثر من اعتباره ، ركناً فى الالتزام  
الذى يتولد عنه . فالسبب ، بصفة عامة ، هو الترضى أو الغاية التى يقصدها المتعاقد من ارتضاءه  
التصديق بالالتزام ، فهو شرط لقيام العقد . بل إننا لو أضعنا النظر ، لوجدناه شرطاً لازماً فى -

نوع خاص ضيق النطاق من العقود ، هي العقود الشكلية ، ودون إخلال بما عساه أن يتطلبه القانون أو حتى طبيعة الأمور ، في خصوص عقد معين ، من أركان أخرى تكيلية<sup>(١)</sup> .

وسوف نتناول ، فيما يلي ، أركان العقد ، كلا في فصل مستقل .

---

= الإرادة لكي يمتد بها القانون من حيث إنها تحمل صاحبها بالالتزام. فالقانون لا يمتد بالإرادة، من حيث إنها تؤدي إلى نشأة الالتزام ، إلا إذا استهدفت من وراء ذلك غاية مشروعة ، أي سبباً مشروعاً .

هكذا يبدو غير سليم النقد الذي وجه إلى الفكرة التقليدية التي سادت منذ عهد الرومان إلى الآن ، والتي تمالج المثل والسبب باعتبارهما ركيتين في العقد .

وعلى أية حال ، فليس لهذا النقد أية أهمية عملية . إذ أن الأمور التي تمس أيأ من المثل والسبب ، حتى لو اعتبرناها ركيتين في الالتزام ، لا تثور إلا بصدد العقد ، ويعنى أدق التصرف القانوني بوجه عام . من أجل ذلك تتفق مع الفكرة التقليدية التي ترسي العقد على أركان ثلاثة ، هي التراضي والمثل والسبب .

(١) الرضا والمثل والسبب ، إلى جانب الشكل في العقود الشكلية ، هي أركان العقد بوجه عام . وهذا لا يمنع من أن يتطلب القانون ، أو حتى طبيعة الأمور ذاتها ، في خصوص عقد معين ، أركاناً أخرى تكيلية . فالتمن ، مثلاً ، ركن أساسى في عقد البيع ، لا يقوم بغيره ، وكذلك الشأن في الأجرة بالنسبة إلى عقد الإيجار . ومبدأ المساواة بين الشركاء ركن أساسى في عقد الشركة ، بمعنى أنه يلزم أن يساهم الشركاء في الربح وفي الخسارة ، ولا ينبغي أن يحرم أحد الشركاء من الربح ، كما أنه ينبغي ، كأصل عام ، ألا ينفى أحد الشركاء من الخسارة ، ومقتضى الإخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء أن تقع الشركة باطلّة .

## الفصل الأول

### الرضا

٤٠ - العقد ، كما سبق أن بينا ، ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني يرتبه القانون إعمالا له ، الأمر الذى يستلزم توافق إرادتى طرفيه . وهكذا فتوافق الإرادتين ، وهو ما يعبر عنه بالرضا أو التراضى ، هو قوام العقد وأساسه . فوجود للعقد ، إذا لم يتوافر الرضا به ، وبعبارة أخرى يقع العقد باطلا .

بيد أن توافر الرضا ، وإن مكن لقيام العقد ، إلا أنه يلزم أن يجرى صحيحاً سليماً ، وإلا اعترى الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح مهدداً بالزوال وبعبارة أخرى ، أصبح قابلاً للإبطال .

هكذا يوجد ، بصدد التراضى أو الرضا ، أمران أساسيان ، يلزم التحرز من الخلط بينهما . وهذان الأمران هما :

١ - وجود الرضا ، حيث إن تخلفه يؤدى إلى وقوع العقد باطلا .

٢ - صحة الرضا ، حيث إن فساده يؤدى إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال وتتناول أولاً وجود الرضا ، ثم نعقب بصحة الرضا .

### المبحث الأول

#### وجود الرضا

٤١ - الرضا Consentement هو قوام العقد وأساسه . كما بينا فهو ركته الأصيل الذى لا يقوم بغير توافره .

ويقصد بالرضا ، بمعناه العام ، اتجاه الإرادة إلى الأثر القانوني المطلوب . وفى هذا المعنى ، يقال إن البائع قد ارتضى البيع ، والمشتري قد ارتضى الشراء ، والموصى قد ارتضى الوصية . ولكنه بالنسبة إلى العقد ، يعنى



الرضا توافق إرادتي طرفيه وارتباطهما على إحداث الأثر القانوني المقصود منه .

ولكي يقوم الرضا بالعقد ، لابد أن توجد إرادة لشخص محدد ، وأن تنجم هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، وأن يخرجها صاحبها إلى العالم الخارجي ، بالتعبير عنها ، وأن تتطابق وترتبط مع إرادة أخرى ، معبراً عنها بدورها . وهكذا يلزمنا ، ونحن بصدد الكلام في توافر الرضا بالعقد ، أن نتكلم في وجود الإرادة عند كل من العاقلين ، ثم في التعبير عنها ، ثم في توافرها وارتباطها مع إرادة المتعاقد الآخر . وحيث إنه يحصل في بعض الأحيان أن يقوم شخص بإبرام العقد باسم آخر وحسابه بصفته نائباً عنه ، نحتم أن نعقب بنظرية النيابة . وبعد كل ما سبق نختم موضوعنا بتناول بعض صور خاصة في التعاقد .

## المطلب الأول

### الإرادة

٤٢- يجب ، باديء ذي بدء ، لكي يتوافر الرضا بالعقد ، أن توجد الإرادة لدى كل من طرفيه . فالإرادة هي أساس العقد والتصرف القانوني بوجه أعم . فإذا لم تكن الإرادة متوافرة في كل من طرفي العقد ، أو حتى في أحدهما ، ما أمكن للعقد أن يقوم .

ويقصد بالإرادة *Volonté* أن يعي الشخص أمر التعاقد الذي هو قادم عليه وينتهي إلى أن يقصده ، بأن يكون مدركاً ماهية التصرف الذي يجريه ، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه منه ، وأن يقصد ذلك كله <sup>(١)</sup> . فإذا انعقدت الإرادة في أحد العاقلين عند إبرام العقد ، ما قام رضاه ،

---

(١) انظر نقض ٨ مارس سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عرج ١ رقم ١٦٩ ص ٣١٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن المقصود بالرضا الصحيح في التصرف هو أن يكون مبرراً ، يعقل معنى التصرف ويقصده . والفرض من كونه مبرراً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية هذا العقد والالتزامات فيه . أما كونه يقصده ، فالفرض منه بيان أنه لابد من إرادة حقه منه ، لقيام الالتزام الذي يتحمل به . وخلصت المحكمة من ذلك إلى تقرير بطلان سنة بدلين وقعة شخص لصالح زوجته ، حالة كونه مصاباً بحالة مرضية انتهت به إلى أن دفعته إلى الانتحار .

وبالتالى بطل العقد . ولا يهم بعد ذلك السبب الذى أدى إلى انعدام الإرادة . كما أنه لأهمية لما إذا كان هذا الانعدام دائماً أو مؤقتاً ، مادام قد لحق بالعقد عند إبرام العقد . ومثال الشخص الذى تنعدم عنده الإرادة الصغير فاقد الإدراك والتمييز . ومثاله أيضاً مضطرب العقل لجنونه أو عتهه<sup>(١)</sup> ، حتى لو كان اضطرابه هذا عرضياً مؤقتاً . مادام قد أدى بالفعل إلى فقدته الإدراك ، وكان هذا الفقد فى الإدراك قائماً لديه عند إبرام العقد . ومثال عدم الإرادة كذلك من فقد وعيه بسبب المرض أو الشيخوخة<sup>(٢)</sup> أو السكر أو الغيبوبة أو التنويم المغناطيسى أو الإغماء . ومثاله ، فى النهاية ، من أكره مادياً على إبرام العقد ، كما إذا أمسك شخص بيد آخر وجعله يوقع على سند .

٤٣ - يبين مما سبق أنه يلزم ، لكى يتوافر الرضاء ، أن توجد الإرادة . بيد أن مجرد وجود الإرادة لا يكتفى . وإنما يلزم أن تنتج هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى ، بمعنى أن يقصد صاحبها الارتباط بأمر معين ، على سبيل الجبر والإلزام الذى تكفله السلطة العامة ، وليس على أساس مجرد المحاملة أو التأدب أو التردد أو الإنسانية . وهذا ما عرّفه الرومان بنية إبرام الصفقة

---

(١) راجع ما سوف نذكره فى خصوص حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر عليه وبمعه ، نبذة ....

(٢) انظر نقض ٩ ديسمبر ١٩٥٤ ط ٣١٣ / ٢١ ق مجموعة النقض ص ٢٥٧ قاعدة ٣٣ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً تقدم به العمر وأُناخ عليه المرض وضعت منه الإرادة ، فعمد بعض أولاده إلى التسلط عليه وجعلوه يجرى بعض التصرفات فى أمواله إضراراً بباقي أولاده وزوجتيه ، الأمر الذى أدى برفع دعوى الحجر عليه لئله ، ولكنه مات قبل صدور قرار الحجر . رفع الورثة الذين صدرت التصرفات إضراراً بهم دعوى طالبوا فيها ببطال تلك التصرفات ، تأسيساً على ضعف الإرادة عند المتصرف وقت إجرائها . قضت محكمة الموضوع بإجابة طلبهم ، وباركت المحكمة العليا هذا القضاء . وجاء فى حكمها : « إذا كان الواقع فى الدعوى أنه قدم طلب . . . بتوقيع الحجر على شخص لئله وضعف الإرادة وفقدان الأهلية ، ولم يصدر المجلس المحلى ( وهو الهيئة التى كانت تتولى الحكم فى مسائل الأهلية والولاية على المسال بدلاً من محكمة الأحوال الشخصية الآن ) قراره بسبب وفاته أثناء تحقيق الطلب ، فرفض بعض ورثته الدعوى بطلب بطلان التصرفات الصادرة منه إلى بقية الورثة ، وكان الحكم إذ نقض بطلان هذه التصرفات قد أثبت بالأدلة السانفة التى أوردها أن هذا الشخص كان فى حالة من ضعف الإرادة لا تتوافر معها الرضاء بالقعود الصادرة منه ، وهو ما جعله أساساً لبطالانها ، فإن النى على الحكم بمخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس » .

animus negotii contrahendi<sup>(١)</sup> . فلا عبء قانوناً بالإرادة إذا قصدت مجرد التمشي مع مقتضيات الشهامة والهاملة وحسن الأخلاق فحسب ، كما إذا دعا شخص آخر إلى أن يتناول عنده الطعام ، أو دعاه ليركب معه في سيارته ليوصله إلى داره بالهجان<sup>(٢)</sup> . فالاتفاق الذي يتم في مثل هذه الحالة لا يعتبر عقداً قانونياً ، ولا يتولد عنه بالتالي أى أثر قانوني ، وإن أمكن اعتباره اتفاقاً أدبياً ، أو اتفاقاً شرف<sup>(٣)</sup> تتواجد عنه واجبات أخلاقية أو أدبية فحسب .

ثم يلزم أن تكون الإرادة ، في قصدها لإحداث الأثر القانوني ، جادة غير هازلة . فلا عبء بلإرادة الهازل ، كما إذا ذهبت لشترى شيئاً ، ولما أنصحت للبائع أنه يبالغ في الثمن الذي يطلبه عنه ، قال لك : خذه بدون مقابل . فالبايع هنا ، في عرضه إعطائك الشيء بلا ثمن ، هازل غير جاد ، فلا يعتد قانوناً بعرضه هذا .

ويأخذ حكم الإرادة غير الجادة تلك التي نجى معلقة على محض المشيئة من صاحبها ، كما إذا قال شخص لآخر : « أبيعك متزلي حينما يحلولى

(١) راجع : Josserand ، في تعليقه على حكم النقص الفرنسية - مرائف - ١٩ مارس ١٩٢٧ ، D. P. - ١٣٧-١ .

(٢) وقد استخلص الفقه والقضاء ، من أن النقل بالهجان لا يعتبر عقداً ، عدم قيام المسؤولية العقدية على الناقل ، إذا ما وقعت ، أثناء النقل ، حادثة ألحقت الضرر بالمنقول ، تاركين ليداء يتنع بالمسؤولية التقصيرية ، وبذلك يحرم المنقول بالهجان من الإفادة من فكرة الالتزام بالسلامة obligation de securité الواقع على عاتق الناقل ، في عقد النقل بمقابل ، أو في عقد النقل بلا ثمن ولا تخصيص . إذ أن عقد النقل لا يكون إلا بمقابل ( راجع Josserand في مؤلفه Les Transports نبة ١٠٣ ، حيث يقول إن الثمن عنصر أساسى في تكوين عقد النقل ، لا تقل أهميته من البضاعة المنقولة ذاتها ) . ولم يكف الفقه والقضاء ، في حالة المنقول بالهجان ، برفض المسؤولية العقدية تأسيساً على انتفاء عقد النقل ، بل ذهب إلى رفضها ، اعتباراً بأنه لا يوجد عقد على الإطلاق ، رافضين بذلك فكرة نادت بقيام عقد غير مسمى من عقود التبرع . انظر في ذلك : -

Leservoisier. la responsabilité civile resultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais.

(٣) ويطلق في اللغة الإنجليزية على مثل هذا الاتفاق اصطلاح gentleman agreement .

أو عندما أريد » . فالإرادة هنا تعتبر غير موجودة أصلاً ، لأن الإرادة عند الإرادة مؤداها حالاً انتهاء الإرادة ، ومن ثم لا يقوم العقد ، لا باعتباره باتاً ، ولا حتى باعتباره معلقاً على شرط واقف ( المادة ٢٦٧ ) .

ويلزم لذلك أن تكون الإرادة ، في قصدها لإحداث الأثر القانوني ، حقيقية ، بأن تبتغيه في واقع الأمر ، وليست صورية ، بمعنى أن تظهر على نحو يدل على أنها تبتغي لإحداث الأثر القانوني ، حالة كونها لا تبتغيه في الحقيقة . فالإرادة الصورية ، أي تلك التي لا وجود لها في حقيقة الواقع ، لا تنشئ عقداً ، وإن أمكن لها أن تتيح لبعض الأشخاص أن يعتدوا بقيام العقد الذي صورته على خلاف الواقع . تأسيساً على فكرة أن المظهر الخادع الذي خلفته يحمي المهدوع ، وليس تأسيساً على مجرد قيام العقد ( راجع المادة ٢٤٤ ) .

#### ٤٤ - إثبات توافر الإرادة :

لم يعرض المشرع المصري ، شأنه في ذلك شأن غيره من مشرعي الأغلبية العظمى من البلاد <sup>(١)</sup> ، لأمر إثبات توافر الإرادة لدى الشخص . ومؤدى القواعد العامة في الإثبات أن الأصل هو افتراض توافر الإرادة ، وعلى من يدعى عدم توافرها لدى شخص معين أن يقيم الدليل على انتفاؤها . ذلك لأن الغالب لدى الناس تمتعهم بالإرادة . فهو من ثم الأمر الظاهر بينهم . والقاعدة أن على من يدعى خلاف الظاهر أن يثبت ما يدعيه .

وإذا كان الأصل هو افتراض توافر الإرادة لدى الشخص ، فإنه يستثنى من هذا الأصل الحالة التي يقرر فيها القانون نفسه انعدام الأهلية . إذ أن انعدام الأهلية يعني بالضرورة انعدام الإرادة ، تأسيساً على أن الأهلية

---

(١) وقد سار القانون المدني الكويتي على نهج مخالف ، إذ أنه عرض لأمر إثبات توافر الإرادة وقتنه على النحو الذي يتوافق مع ما تقتضيه القواعد العامة ، وهو في ذلك يقول ، في المادة ٢/٣٣ منه بأنه : « ويفترض توافر الإرادة عند إبرام التصرف ، ما لم يثبت العكس أو يقض القانون بخلافه » .

تدور مع الإرادة كمالاً وعدمًا ونقصاناً<sup>(١)</sup> . وانعدام الأهلية ، وبالتالي انعدام الإرادة ، نجده في الصبي غير المميز (المادة ١١٠) وفي المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، وحتى قبل ذلك إذا كانت حالة الجنون أو العتة شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (المادة ١١٤) وتوافر الإرادة من عدمه لدى الشخص مسألة من مسائل الواقع ، يترخص قاضي الموضوع في تقديره بغير معقب عليه في ذلك من محكمة النقض ، وذلك مع استثناء الحالات التي يكون من شأن القانون فيها أن يقرر انعدام الأهلية وبالتالي انعدام الإرادة ، حيث يخضع قاضي الموضوع ، في خصوص تلك الحالات ، لرقابة المحكمة العليا .

### المطلب الثاني

#### التعبير عن الإرادة

٤٥- رأينا أنه يلزم ، لتوافر الرضاء أو التراضي بالعقد ، أن توجد الإرادة في كل من طرفيه ، وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه ، بشرط أن تكون في ذلك جادة غير هائلة ، وحقيقية وليست صورية . ولاشك أن الإرادة هي أساس الرضاء وقوامه . بيد أن القانون لا يهتم بها طالما بقيت في مكناها تخاليج من صاحبها النفس والنية والضمير . فهي ، على حالها هذه ، مجرد إحساس أو شعور . والقانون لا يهتم بمجرد المشاعر والأحاسيس ، مادامت باقية في حيز النفس ، لا تخرج منها إلى العالم الخارجي<sup>(٢)</sup> .

فلا بد إذن ، لكي يتوافر الرضاء بأمر ما ، أن تخرج الإرادة التي قصدته من نفس صاحبها إلى العالم الخارجي الملموس . ويتم ذلك بالإنصاح أو التعبير عنها . من أجل ذلك نجد المادة ٨٩ تقضى بأنه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك

(١) راجع مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٦١ .

(٢) انظر مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ٣ مكرر .

من أوضاع معينة لانعقاد العقد . فهذا النص لا يقول إن العقد يتم بمجرد توافق الإرادتين ، ولكنه حرص على أن يذكر أن العقد يتم عند تبادل التعبير عن هاتين الإرادتين المتوافقتين<sup>(١)</sup> . وفي تطلب التعبير عن الإرادة يتفق القانون المصرى خاصة والقانون المعاصر عامة مع الفقه الإسلامى<sup>(٢)</sup> .

هكذا نخلص إلى أن الرضاء بالعقد يقوم على توافق إرادتين ، بعد أن يتم التعبير عن كل منهما . أما إذا توافقت إرادتان ، حالة كونهما كامنتين فى حيز النفس ، أى دون أن يحصل التعبير عنهما ، كما إذا اقتصر الأمر عند شخصين ، على أن راودت أحدهما نفسه أن يبيع للآخر منزله بشمن معلوم ، وراودت الآخر نفسه بأن يشتري ذلك المنزل بنفس الثمن ، فلا يعتبر ذلك رضاء يقوم العقد على أساسه<sup>(٣)</sup> . من هنا تبرز أهمية التعبير عن الإرادة .

#### ٤٦ - كيف يحصل التعبير عن الإرادة :

رأينا أن القانون لا يتم بالإرادة ، باعتبارها مكونة للرضاء ، إلا إذا حصل التعبير عنها . وعلينا الآن أن نحدد كيفية حصول هذا التعبير .

والقاعدة أنه لا توجد طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة . فللشخص أن يعبر عن إرادته بالشكل الذى يحلو له . وما ذلك إلا مجرد تطبيق لمبدأ رضائية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٣٥ من المشروع التمهيدى التى أصبحت بنسبها تقريراً للمادة ٨٩ من القانون ما يأتى : « قطع المشروع بإظهار ملهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة فى هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩) .

(٢) وفى ذلك يقول ابن تيمية : فى مختصر الفتاوى الهندية (ص ٥٤٧) « إذا نوى (رجل) طلاق زوجته ، لم يقع بمجرد النية طلاق ، باتفاق العلماء » .

(٣) وإذا كان الرضاء لا يقوم بغير الإرادة ، ولا تتوافر الإرادة فى المتعاقدين ، إلا إذا وعى وتدبر أمر التعاقد الذى هو قادم عليه ، وانتهى إلى أن يقصده ، وإذا كان توافر الإرادة وحده لا يكتفى ، وإنما يلزم أن تخرج إلى العالم الخارجى الملموس ، ويتم ذلك عن طريق التعبير عنها ، إذا كان ذلك كله ، فإنه يمكن أن يقال إن الإرادة ، التى يعتد بها القانون فى إنشاء العقود والتصرفات القانونية بوجه عام ، تمر بمراحل ثلاث : التدبير والتقرير والتعبير . والمرحلة الأولىان نفسيتان . أما الثالثة فتأخذ مظهرأ مادياً .

العقود ، الذى يقضى بأن العقد يقوم بمجرد توافر الرضاء به ، دون ماضورة لحي التعبير عن الإرادة فى شكل أو فى آخر . ولا يستثنى من قاعدة حصول التعبير عن الإرادة بأى شكل أو طريقة ، إلا الحالات التى يستلزم فيها القانون شكلاً خاصاً لقيام العقد ، كما هى الحال بالنسبة للهبه والرهن الرسمى ، إذ ينحتم هنا أن ينبى التعبير عن الإرادة فى الشكل الذى رسمه القانون .

هكذا يبين أنه وفقاً للقاعدة العامة ، يسوغ أن يحصل التعبير عن الإرادة دون تعيد بطريقة معينة أو بشكل خاص . وفى ذلك تقضى المادة ٩٠ / ١ بأنه « ١ - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداوله عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالتة على حقيقة المقصود » .

فيصح أن يحصل التعبير عن الإرادة باللفظ ، كما هو الغالب عملاً ، كما إنه يسوغ أن يقع بالكتابة ، سواء أكانت مخطوطة أم مطبوعة أم مكتوبة على الآلة الكاتبة ، وسواء أ جاءت فى سند أم فى رسالة ، وسواء أكان العقد عرفياً أم رسمياً . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة ولو من غير الأخرس ، مادامت متداولة عرفاً تداولاً لا يثير شكاً فى حقيقة مدلولها ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول ، وكهزها أفقياً أو هز الكتفين دلالة على الرفض . ويسوغ أن يتم التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ولو لم يصحبها كلام ، كما إذا أعطيت خمسة قروش لبائع الصحف فتناولك الصحيفة . وهذا هو المعروف فى الفقه الإسلامى تحت اسم « تعاقد المعاطة » . كما أن التعبير عن الإرادة قد يحصل فى النهاية باتخاذ موقف معين لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالتة على حقيقة المقصود ، كما إذا عرض تاجر على الجمهور بضاعته معلقاً عليها الثمن ، وكما إذا وقفت سيارة الأجرة فى انتظار من يريد لها ، وكما إذا وضع شخص آلة معينة تؤدى للجمهور تلقائياً خدمات خاصة نظير ثمن محدد ، كآلات التى تقدم فى بعض

البلاد المشروبات الباردة أو الساخنة والموازين الميكانيكية<sup>(١)</sup>.

#### ٤٧ - التعبير الصريح والتعبير الضمني :

رأينا أن التعبير عن الإرادة لا يتقيد ، كقاعدة عامة ، بطريقة معينة أو بشكل خاص . ف سواء أن يجيء باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم بالمبادلة

(١) وفي هذا كله ، يتفق الفقه الإسلامى فى مجموعة مع القانون المعاصر عامة والقانون المصرى خاصة ، مع خلاف بسيط فى المذاهب . ولعل أقرب المذاهب الإسلامية إلى القسانون المعاصر فى هذا المجال ، هو المذهب المالكى . فالمالكية يميزون التعبير عن الإرادة باللفظ الذى يدل عليها عرفا ، حتى ولو لم يدل عليها لغة ، ودون تقيد فى ذلك بصيغة الماضى أو المضارع أو الأمر . كما أنهم يميزون التعاقد بالكتابة والإشارة والمعاطاة . وهم لا يقيدون الإشارة بأن تكون من الأعرس ، مستثنين فى ذلك إلى قوله تعالى : « آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا زمزا » اعتباراً بأن المقصود بالزمز هو الإشارة . ويقترّب المذهب الحنبلى من المذهب المالكى فى التوسع فى طريقة التعبير عن الإرادة . أما المذهب الحنفى ، فهو وإن كان كسابقيه متحرراً بدوره بالنسبة إلى طريقة التعبير عن الإرادة ، إلا أنه يقلّ عنها بعض الشيء . فهو ، وإن أجاز التعبير عن الإرادة بالمشافهة والإشارة والكتابة والمعاطاة ، إلا أنه ، من ناحية أولى ، يقيد اللفظ بوجود وروده على صيغة الماضى أو المضارع ، دون صيغة الأمر كأصل عام . ومن ناحية ثانية ، هو لا يميز التعبير عن الإرادة بالإشارة إلا للعاجز عن التعبير بغيرها ، أما القادر على التعبير بغير الإشارة ، فلا تنفع منه إشارته ، بل عليه أن يعبر بما يستطيعه مما هو أقوى منها فى الدلالة ، لفظاً أملاً أو كتابة ( راجع : محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامى ، مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه ، طبعة ٣ بته ٤٨١ و ٤٨٢ والمراجع التى يشير إليها ) . أما المذهب الشافعى ، فهو يعمل على التشدد والتصيق . إذ أنه لا يميز التعاقد بالكتابة ولا بالمعاطاة ، كما أنه لا يميز التعاقد بالإشارة إلا للأعرس .

ويلاحظ أن كثرة من فقهاء المسلمين ، لاسيما فقهاء المالكية والحنبلة والشافعية ، بالنسبة إلى التعبير عن الإرادة ، يفتصنون الأزواج بحكم متميز عن غيره من المقود ، نظراً لجلاله وخطره ولما فيه من معنى العبادة لمولى عز شأنه . فهم يشترطون ، فى صده ، أن تكون الألفاظ المستعملة للدلالة على إرادته مشتقة من مادى تكلم وزوج ، إن كان المتعاقدان يفهمان العربية . ويستشهدون لما يذهبون إليه ، بأن هذين اللفظين وردا فى القرآن ، فلا بد من التزامهما ، اقتضاء به ، وذلك إذ يقول تعالى فى سورة النساء : « ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء إلا ما قد سلف » ، كما يقول فى سورة الأحزاب : « فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها » . والأحناف يخالفون هنا فقهاء المالكية والشافعية والحنبلة . ويميزون التعبير عن الإرادة فى الزواج بمضى لفظ ، دون التقيد بلفظ الزواج أو النكاح ، ما دام هو يدل على التليك فى الحال ، ويشترط فهم الشهود للمقصود ( انظر : محمد يوسف موسى ، المرجع السابق ) .



الفعلية أو التعاطي ، أم باتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود بغير شك أو غموض . وأبأ ما كان السبيل الذي يتخذه التعبير عن الإرادة ، فإنه لا يلزم ، كقاعدة عامة ، أن يكون هذا التعبير صريحاً ، بل يصح أن يحىء ضمناً . وفي هذا تقضى المادة ٢/٩٠ بأنه : « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، إذا اتخذ صاحبه سبيلاً يدل على إرادته بطريق مباشر ، من غير حاجة إلى إعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي . ومثال ذلك أن أقول لك ، لفظاً أم كتابة ، إننى أرغب في أن أبيعك متزلي بثمن معين . ففي هذا القول ، تعبير صريح عن الإرادة . لأنه يدل بطريق مباشر على رغبتى في البيع ، دون حاجة لاستخلاص هذا المعنى عن طريق الاستنتاج من أمور أخرى . ومثال التعبير الصريح أيضاً أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه شيئاً بثمن محدد ، ثم يسأله عما إذا كان يقبل شراؤه ، بهذا الثمن فيؤىء هذا برأسه دلالة على القبول . فإشارة الرأس هنا تعبير صريح عن الإرادة ، لأنها تدل على رغبة صاحبا في الشراء بطريق مباشر . ومثال التعبير الصريح عن الإرادة ، في النهاية ، وقوف سيارة الأجرة في انتظار راكب يستأجرها . فهذا الموقف من سائق السيارة يدل بطريق مباشر على رغبته في أن ينقل من يريد بالثمن المعلوم .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمناً ، إذا كان السبيل الذى يلجأ الشخص إليه لا يدل على الإرادة بطريق مباشر ، ولم يتنغ به ذلك بصفة أساسية ، وإنما هو يدل عليها بطريق غير مباشر ، وبعد إعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي<sup>(١)</sup> .

---

(١) وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتصير الضمنى عن الإرادة والتفريق بينه وبين التعبير الصريح ، وذلك في تعليقاتها على الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ منه ، التى أصبحت بذات نصها الفقرة الثانية من المادة ٩٠ من القانون المدف . وهى ، في هذا الخصوص ، تقول إنه : « أما الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ ، فقد أخذت من المادة ١٠٧٩ من التقنين البرازيل . وهى تتناول مسألة التفرقة بين التعبير الصريح والتصير الضمنى عن الإرادة . وهذه التفرقة ليست =

ومثال ذلك أن يتنازع الدائن والمدين على وجود الدين ، ثم يأتي المدين فيطلب أجلاً لوفاته ، أو يقدم تأميناً لضمائه ، ففي ذلك من المدين اعتراف ضمنى بالدين . ومثال ذلك أيضاً أن تنتهى مدة الإيجار ، ومع ذلك يبقى المستأجر منتفعاً بالعين ، بعلم المؤجر وبغير اعتراض منه ، فيتجدد الإيجار تجديداً ضمنياً ، بنفس شروط الإيجار المنتفض ، ولكن للمدة المحددة لدفع الأجرة <sup>(١)</sup> (المادة ٥٩٩ / ١ مدنى) .

== بمجرة من الإهمية العملية ، فقد يستلزم القانون أحياناً ، وقد يشترط المتعاقدون أنفسهم في بعض الفروض ، وجوب التعبير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانوني الذي يراد عقده . وبين مختلف المايير التي تداولها الفقه في هذا الصدد ، يوجد مياران ، هما أكثر هذه المايير ذيوهاً ؛ أولهما يحتمل إلى فكرة المؤلف وغير المؤلف في أسلوب التعبير أو طريقته . ويرى أصحاب هذا الميار أن التعبير يكون صريحاً ، إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب المألوفة ، ويكون على النقيض من ذلك ضمنياً ، إذا لم يكن أسلوب الإفصاح من بين الأساليب التي ألف الناس استعمالها في هذا الشأن ، بحيث لا يحتاج استخلاص دلالة التعبير في الصورة الأخيرة إلا من طريق الاستنتاج . أما الميار الثاني فيرى أصحابه أن التعبير يكون صريحاً أو ضمنياً ، تبعاً لما إذا كان مباشراً أو غير مباشر . ويراعى أن الفارق العمل بين هذين الميارين ضئيل ، إن لم يكن معدوماً . فالأسلوب المؤلف في التعبير عن الإرادة هو في الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، في حين أن الأسلوب غير المباشر ليس ، في الغالب ، بالأسلوب المؤلف . ومهما يكن من شيء ، فقد أثر المشروع ألا يفصل في المسألة بنص تشريعي ، تاركاً أمر البحث عن الميار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء . ومع ذلك ، فمن الحق أن اتخاذاً موقف معين ، أو التزام سلوك بالذات ، للإفصاح عن الإرادة لا يستتبع حتماً أن تكون هذه الإرادة ضمنية . فمن صور السلوك في بعض الفروض ، ما قد يعتبر أسلوباً مباشراً مألوفاً في الإفصاح عن الإرادة ، ويكون بهذه المثابة تعبيراً صريحاً . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤ .

(١) في هذه الحالة ، يقوم إيجار جديد على أنقاض الإيجار القديم المنتفض ، وإن كان يتفق معه في كل شروطه باستثناء المدة . والإيجار الجديد يقوم على إرادة ضمنية مزدوجة ، من المؤجر والمستأجر كليهما . فالمستأجر ، ببقائه منتفعاً بالعين بعد انتهاء الإيجار الأصلي ، يمرض ضمنياً إرادته بإبرام الإيجار الجديد . والمؤجر بدوره ، بعلمه بما فعله المستأجر وعدم اعتراضه عليه ، يقبل ضمنياً عرض هذا الأخير . فيقوم الإيجار الجديد (راجع مؤلفنا عقد الإيجار نوبة ٣٠٠-٣٠٢) . ومن أبرز حالات التعبير الضمني الذي تقوم العقود عليه كذلك حالة التجديد الضمني لعقد العمل . فإذا أبرم عقد العمل لمدة محددة ، وانتهت ، ومع ذلك استمر العامل وصاحب العمل في تنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد عليهما ، اعتبر العقد متجدداً بنفس شروط العقد القديم الذي انقضى ، ولكن لمدة غير محددة (المادة ٧٢ من قانون العمل الصادر برقم ١٣٧ / ١٩٨١) . انظر في التجديد الضمني لعقد العمل ، مؤلفنا : قانون العمل الكويتي ، نوبة ٢٣٩ .

يظهر مما سبق أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً ، وقد يحىء  
ضمنياً . والقاعدة أن هذين النوعين من التعبير عن الإرادة يقعان صالحين ،  
بمعنى أنه يعتد بالإرادة سواء أعبّر عنها صراحة أم ضمنياً . ولا يستثنى من  
هذه القاعدة إلا الحالات التى ينص فيها القانون أو الاتفاق على ضرورة  
حصول التعبير الصريح .

#### ٤٨ - هل يصلح السكوت تعبيراً عن الإرادة ؟

ثار الجدل حول ما إذا كان السكوت <sup>(١)</sup> ، يصلح تعبيراً عن الإرادة ،  
أو لا يصلح . ومفتاح هذه المسألة هو فى تبين ما إذا كان سكوت الشخص  
يعتبر موقفاً من شأنه أن يدل على حقيقة مقصوده بغير شك أو غموض ،  
أم لا . فإن كان الجواب بنعم ، صحح السكوت تعبيراً عن الإرادة ، وإن كان  
بلا ، ما صلح لذلك .

وإذا طبقنا هذا المعيار ، وجدنا أن السكوت لا يصلح بالضرورة تعبيراً  
عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب بالعقد . فالعقد يرم ، كما سنبينه بعد قليل ،  
على مرحلتين أساسيتين ، هما الإيجاب والقبول . ويقصد بالإيجاب العرض

---

(١) ويجب عدم الخلط بين السكوت والتعبر الفسنى عن الإرادة . فالسكوت والتعبر الفسنى  
عن الإرادة ، وإن اتفقا معاً فى وجوب إعمال الاستنتاج المنطقى للوصول إلى حقيقة القصد ، فإنهما  
يختلفان فى طبيعتهما . إذ أن التعبر الفسنى يقوم على وضع إيجابى يصدر من المتعاقدين ، وإن لم يدل  
على إرادته بطريق مباشر . أما السكوت ، فهو مجرد صمت عن الرد . فهو إذن وضع سلبى ، وإن  
أمكن فى بعض الأحيان أن يستدل منه على الإرادة . وإذا كان التعبر الفسنى عن الإرادة يصلح  
لإيجاب والقبول ، فإن السكوت لا يصلح إلا للقبول ، بل هو لا يصلح للقبول ، إلا إذا لايسته  
ظروف خاصة من شأنها أن تدمم دلالة عليه ، على نحو ما سوف نبينه فى المثل بعد قليل . انظر ،  
فى خصوص التفريق بين السكوت والتعبر الفسنى عن الإرادة ، المذكرة الإيضاحية للمادة ١٤٢  
من المشروع التمهيدى ، التى أصحبت المادة ٩٨ من القانون المدنى بعد إجراء بعض التعير فى الصياغة .  
وقد جاءت فى مستهلها تقول : ١٥ - ينهى التفريق بين التعبر الفسنى عن الإرادة وبين مجرد  
السكوت . فالتعبر الفسنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبر  
الفسنى ، بحسب الأحوال ، إيجابياً أو قبولاً ، أما السكوت فمن المستنع على وجه الإطلاق أن  
يضمن إيجاباً ، وإنما يجوز فى بعض فروع استثنائية أن يعتبر قبولاً .... ( مجموعة الأعمال  
التحضيرية ج ٢ ص ٥٧ ) .

الذى يتقدم به بمادة أحد العاقدين للآخر ، تاركاً له أمر قبوله أو رفضه . وهو ، بهذه المثابة ، يجب أن يتضمن بياناً واضحاً لطبيعة الصفقة المراد إبرامها وشروطها الأساسية . والسكوت ، بطبيعة الحال ، لا يصلح وسيلة لهذا البيان . وهكذا نصل إلى أن السكوت ، لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، بالنسبة إلى الإيجاب <sup>(١)</sup> .

ولكن إذا كان السكوت لا يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب فهل يصلح تعبيراً عنها بالنسبة إلى القبول ؟

ثار هذا التساؤل في حالات عملية كثيرة . ومن هذه الحالات ، لإرسال صاحب صحيفة جديدة أعدادها لأحد الأفراد ، عارضاً عليه بذلك الاشتراك فيها لمدة معلومة . فإن سكت المرسل إليه عن رد تلك الأعداد ، فهل يعتبر سكوته هذا تعبيراً عن إرادته بقبول الاشتراك ؟ وحصل أيضاً أن أرسل أحد البنوك لعميل من عملائه خطاباً ينيته فيه أنه قيد اسمه في قائمة المكتتبين في مشروع معين بعدد من الأسهم ، وأنه احتسب قيمة هذه الأسهم في حسابه الجاري ، وسكت العميل ، فلم يرد على البنك قبولاً أو رفضاً ، فهل يعتبر سكوته هذا قبولاً للاكتتاب ؟ وإذا أرسل تاجر لأحد زبائنه عينة من بضاعة ذاكر آله أن عدم ردها يعتبر منه قبولاً لشراء كمية منها ، فهل يقع السكوت من العميل هنا بمثابة القبول ؟

وحكم هذا الموضوع أن السكوت بذاته ومجردة ، أى السكوت الذى لا يقترن بظروف من شأنها أن تدعم دلالة ، وبعبارة أخرى ، السكوت البسيط ، لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، حتى بالنسبة إلى القبول . وعلة هذا الحكم أن السكوت بمجرد ذاته لا يمكن أن يقطع في دلالة على شيء ، أو أنه ، كما تقول القاعدة الشرعية ، لا ينسب لساكت قول <sup>(٢)</sup> ، في حين

---

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي تليفاً على المادة ١٤٢ منه ، بعد أن أبرزت أن التعبير الضمني عن الإرادة يصلح لأن يكون إيجاباً أو قبولاً ، استلذت تقول : « أما السكوت فمن المتن على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز ، في بعض فروع استثنائية ، أن يعتبر قبولاً ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٨ ) » .

(٢) وقد تضمنت هذه القاعدة في المادة ٦٧ منها .

أن الموقف الذى يتخذه الشخص لا يصلح تعبيراً عن إرادته ، إلا إذا كانت ظروف الحال لا تدع شكاً فى دلالة على حقيقة مقصودة ( المادة ٩٠ / ١ ) .

وتطبيقاً لهذه الفكرة ، حكم بأن سكوت الشخص الذى أرسل إليه صاحب الصحيفة أعدادها ، بغية اشتراكه فيها ، عن ردها وعن إبداء رأيه فى قبول هذا الاشتراك أو رفضه ، لا يعتبر منه قبولاً أباه ، حتى لو كان صاحب الصحيفة قد أخطره بأن عدم رده الأعداد يقع منه بمثابة قبوله الاشتراك<sup>(١)</sup> . وحكم أيضاً بأن سكوت العميل الذى أرسل إليه البنك خطاباً يفتنه فيه أنه اكتتب باسمه فى مشروع معين بعدد من الأسهم لا يعتبر قبولاً منه لهذا الاكتتاب ، حتى لو كان البنك قد أخطره بأن سكوته يقع منه بمثابة القبول<sup>(٢)</sup> . وحكم كذلك بأن سكوت الشخص الذى يرسل إليه تاجر معلوم عينة من بضاعة لا يعتبر قبولاً لشرائه كمية منها ، حتى لو كان التاجر قد أخطره بأن عدم رد العينة يحمل منه على هذا الحمل<sup>(٣)</sup> و<sup>(٤)</sup> .

هكذا نصل إلى أن السكوت البسيط المحرر لا يصلح تعبيراً عن الإرادة ، حتى بالنسبة إلى القبول . ولكن الأمر يختلف بالنسبة إلى نوع آخر من السكوت هو ذلك الذى يقرن بظروف من شأنها أن تقوى وتدعم دلالة على الرضا .

- 
- (١) نظر محكمة Seine الفرنسية ١٩/٤/١٩٨٣ ، مشار إليه فى Planiol et Ripert ج ٦ ص ١١٧ هامش ٣ .  
 (٢) أنظر نقض فرنسا ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ ، سبرى ١٩٤٤ - ١ - ٣١ ، نقض فرنسا ١٥ يولييه سنة ١٩٣١ ، جازيت دى باليه ١٩٣٢ - ١ - ٩٠٥ .  
 (٣) انظر استئناف Montpellier ٢٢ يولييه ١٩٠٤ ، دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ٢٩٦ وتعليق Valéry .  
 (٤) وإذا كان من المسلم أن السكوت فى كل الأمثلة السابقة لا يقع بمثابة القبول ، فقد تراعى للبعض أنه يعتبره صلاخاطاً ، من شأنه أن يلزم صاحبه بالتعويض . وقد استهدف من هذه الفكرة الجديدة اعتبار الصفقة المعروضة قائمة على أساس آخر غير إبرام العقد ، وهو أساس التعويض من العمل غير المشروع ، اعتباراً بأن القاضى قد يجد فى إقامة تلك الصفقة تنويهاً عينياً مناسباً . بيد أن هذه الفكرة لم تسد . لأنه لا يمكن اعتبار المرسل إليه مقصراً بمجرد أنه لم يرد على عرض وصل إليه ، وإلا وقع الناس فى المنت والحرج ، وذلك طبعاً ما لم يتواجد من ظروف الحال ما يفرض عدم الصمت .

وهذا هو ما يطلق عليه السكوت الملايس *Silence circonstancié* ، اعتباراً بأن هناك ظروفاً تلايسه ، من شأنها أن تبرز أثره في الدلالة والبيان . والسكوت الملايس أو السكوت الموصوف ، كما أطلقت عليه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى في تعليقها على المادة ١٤٢ منه التى أصبحت المادة ٩٨ من القانون ، يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول .

ولكن متى يعتبر السكوت ملايساً أو موصوفاً ، حتى يصلح تعبيراً عن القبول ؟ اتخذت المادة ٩٨ فى ذلك معياراً مرناً . وقوام هذا المعيار هو ما إذا كان من شأن طبيعة المعاملة والعرف التجارى وغير ذلك من الظروف أن تجعل الموجب يتوقع من وجهه إليه إيجابه تصريحاً بالقبول من عدمه . فإن كان الأمر الأول ، فإن السكوت لا يقع بمثابة القبول ؛ حيث إن المفروض أن رضاء من وجهه إليه الإيجاب يقتضى منه التصريح به . وإن كان الأمر الثانى ، أى إذا كان من شأن الأمور التى بينها أن تجعل الموجب لا يتوقع : من وجهه إليه إيجابه ، تصريحاً بقبوله ، فإن سكوت هذا الأخير يقع بمثابة قبوله ، بشرط أن يستمر فترة معقولة ، تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع . وفى هذا تقضى المادة ٩٨ / ١ بأنه : « ١ - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب » .

وإذا طبقنا هذا المعيار على الأمثلة التى سبق سردها ، وجدنا أنه لم يكن من شأن الظروف التى اكتنفها أن تجعل الموجب لا ينتظر تصريحاً بالقبول من وجهه إليه إيجابه ، إذا كان حقيقة يبتغيه . فصاحب الصحيفة مثلاً ، والفرض أنه لم يسبق له تعامل مماثل مع من أرسل إليه أعدادها ، لم يكن له من الظروف الملايسة ما يبرر عدم توقعه تصريحاً بقبول الاشتراك من أرسل إليه صحيفته ، إذا كان حقيقة يرتضيه ، بل على النقيض من ذلك تملى عليه تلك الظروف أن يتوقع هذا التصريح بالقبول ، من أجل ذلك فإن السكوت هنا لا يعتبر قبولاً . ولكن يتغير الوضع ، فى هذا المثال ، لو أن صاحب الصحيفة قد سبق له أن أصدر عدة صحف ، وجرى العادة بينه وبين شخص معين على

أن يرسل إليه أعداد كل صحيفة يصلها ، فإن حازت قبوله وأراد الاشتراك فيها سكت ، وإن رفضها ردها ، في مثل هذه الحالة ، نجد أن طبيعة المعاملة تبرر لصاحب الصحيفة ألا يتوقع تصريحاً بالقبول من عميله ، إذا كان راعياً في الاشتراك فيها ، ومن ثم فإن سكوت هذا العميل عن رد أعداد الصحيفة يحمل منه محمل القبول . فالظروف هنا تدل على العميل أن يرد أعداد الصحيفة في وقت مناسب ، إذا كان راعياً عن الاشتراك فيها ، أما ولم يفعل ، فإنه يعتبر ، بسكوته هذا ، قد عبر عن إرادته بالقبول .

وقد طبق المشرع نفسه المعيار الذي حددناه ، وذلك في المادة ٩٨ / ٢ ، التي جاءت تقول : « ٢ - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل بالإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه » .

فالمرجع يورد تطبيقين للمعيار الذي جاء به ، وهما الآتيان :

١ - إذا كان هناك تعامل سابق من شأنه أن يجعل الموجب لا يتوقع تصريحاً بالقبول من الموجب له ، إذا كان راعياً في الصفقة التي يعرضها عليه والتي تتصل بهذا التعامل ، بل يجعله ، على النقيض من ذلك ، يتوقع تصريحاً بالرفض إذا كان راعياً عنها ، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر منه قبولاً . ومثال هذه الحالة تاجر الجملة الذي تعود أن يرسل كمية من البضائع التي تصل إليه ، إلى تاجر تجزئة من عملائه ، الذي تعود بدوره أن يرفض ما لا يعجبه منها ، ويسكت على ما يعجبه . في مثل هذه الحالة ، تخم ظروف التعاقد ، في ضوء ماتم منه في القديم ، أن يصرح تاجر التجزئة برفضه كل صفقة يكون عنها راعياً ، بحيث إن تاجر الجملة هنا لا ينتظر منه تصريحاً بالقبول ، إذا كان له في الصفقة هوى . فإن سكت تاجر التجزئة بالنسبة إلى صفقة معينة ، زمناً معقولاً يحده قاضي الموضوع ، اعتبر سكوته قبولاً لإياها ، وتعلمر عليه بالتالي أن يتملص منها <sup>(١)</sup> . ومثال هذه الحالة أيضاً أن يعتاد أحد

(١) انظر في هذا الإجماع : نقض فرنسي ٢١ مايو ١٩٥١ Bul.civ. ١٩٥١ - ٢ - ١٢٨ .

البنوك أو غيره من المؤسسات المالية الأخرى مع أحد العملاء على أن يجري لصالحه صفقات في حقل معين ، ثم يخطره بإجرائها منتظراً منه رداً في خصوص ما إذا كان يقبلها أو يرفضها ، واعتاد العميل بدوره أن يجهر برفضه عما لا يرغبه من الصفقات ، فإن سكوته بعد ذلك عن الرد في حالة معينة مدة معقولة من الزمان يترك تقديرها لقاضي الموضوع ، يعتبر منه قبولاً للصفقة <sup>(١)</sup> .

٢ - يعتبر السكوت قبولاً كلما جاء من صاحبه رداً على إيجاب متمحض عن مجرد منفعة له . ومثال ذلك أن يرسل شخص لآخر خطاباً ، يعرض عليه فيه أنه يكفل الوفاء بدين له على ثالث ، فيلزم المرسل إليه ، وهو الموجب له بالكفالة ، الصمت . فهنا يعتبر سكوته قبولاً للكفالة المعروضة عليه <sup>(٢)</sup> ، ولا يسوغ لمن أرسل الخطاب أن يتنصل من التزامه ككفيل بمقولة إن غريمه لم يرد على عرضه بالقبول في وقت مناسب . والسبب في ذلك أن الكفالة هنا تؤدي إلى مجرد نفع للمرسل إليه . وهذا بذاته ظرف من شأنه أن يدمم سكوته ويقوى أثره في الدلالة على قبوله إياها . فالغالب أن الناس لا يرفضون العروض التي تقدم إليهم ، إذا كانت تؤدي إلى مجرد نفعهم : أي تؤدي إلى تحقيق مصلحة لهم بدون مقابل ، بحيث إن من يريد منهم مخالفة هذا الوضع الغالب ، يبادر بالإفصاح عن قصده ، وبحيث إن الطرف الآخر لا ينتظر تصريحاً بالقبول ممن يكون في الصفقة راغباً .

هذان هما التطبيقان اللذان أوردتهما المادة ٢/٤٤ من القانون المدني للسكوت

---

(١) انظر : نفس فرنسي - هرائس - ١٥ مارس ١٩٤٤ ، سيري ١٩٤٤ - ١ - ٤٠ .  
ومن الحالات التي يمكن فيها للسكوت أن ينفذ دلالة على القبول في مجال اتصال الأمر بتعامل سابق بين ذوي الشأن ، الحالة التي يرسل فيها البنك لمعلميه كشف حساب ، فيسكت العميل فترة معقولة من الزمن ، يترك تحديدها لقاضي الموضوع ، دون الاعتراض على ما تقسمه من بيانات ، فوفقاً للعادات الجارية يمكن أن يستخلص من هذا السكوت رضاه العميل بما تضمنه الكشف من بيانات ، إلا ما جاء منها نتيجة زلات القلم أو أخطاء الحساب .

(٢) انظر : استئناف مخطط ١٣/٢/١٨٩٦ ، ب ٨ ص ١١٨ . وانظر في نفس الاتجاه :  
نفس فرنسي - هرائس - ٢٠/٢/٣٨ ، دالوز ١٩٣٩ - ١ - ٥ وتلميق Voizin .



الملابس الذى يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول : وهما وإن كانا من أهم التعليقات العملية في هذا المجال ، إلا أنها ليسا الوحيدين . فهما مذكوران في النص على سبيل المثال ، لا الحصر . وهكذا في كل حالة أخرى نجد أنفسنا أمام سكوت ملابس ، أى سكوت يقترن بظروف من شأنها أن تؤدي بالشخص إلى الإفصاح عن رفضه الإيجاب الموجه إليه إذا كان يقصده ، بحيث إن الطرف الآخر لا ينتظر منه تصرعاً بالقبول إذا كان للصفقة راعياً ، فإن هذا السكوت يصلح من صاحبه تعبيراً عن إرادته ، بالنسبة إلى قبوله هذا الإيجاب . ومن أمثلة هذه الحالات تسلم المشتري البضاعة التي اشتراها مع قائمة بشئها متضمنة شروطاً معينة للصفقة ، حيث إن سكوته عما جاء في تلك القائمة فترة معقولة من الزمن يقدرها قاضي الموضوع يعتبر منه تسليماً بما تضمنته من شروط<sup>(١)</sup> . ومن أمثلة هذه الحالات أيضاً سكوت الموكل بغير مقتضى فترة معقولة عن تجاوز وكيله حدود وكالته ، برغم علمه بحصوله . ومن أمثلتها كذلك سكوت المالك بغير مقتضى عن تصرف غيره في ماله ، إذا كان هذا التصرف قد حصل في حضوره ، أو كان قد أخطر به على نحو سليم ( انظر المادة ٣٨ من مدونة الالتزامات والعقود المغربية ) .

٤٩ - مما سبق يبين أن السكوت بمجرد ذاته لا يصلح تعبيراً عن الإرادة . فهو عدم ، والعدم لا يفيد إلا العدم . فالسكوت لا يصلح أبداً تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب وهو ، مجرداً عن أى اعتبار آخر ، لا يصلح أيضاً تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . ولكن من الممكن للسكوت أن يصلح تعبيراً عن القبول ، إذا لابسته ظروف من شأنها أن تدغم دلالة عليه وهذا هو السكوت الملابس . وإذا كانت المادة ٩٨ قد وضعت لنا معياراً

---

(١) ويلاحظ أن المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدي كانت تتضمن هذه الحالة كتطبيق للسكوت الملابس الذي يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . وقد حذفت العبارة التي تشير إلى تلك الحالة فلم تأت في نص المادة ٢/٩٨ من القانون . ولكن لا يستفاد من الحذف السابق ، وفق ما جاء في مناقشات لجنة القانون الذي يجلس الشيوخ التي أجبرته ، الرغبة في إبعاد الحالة التي نحن بصددها ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧ وما بعدها ) .

للسكوت الملابس وأوردت تطبيقين له ، فليس معنى هذا أن مجاءه فيها يتمثل أمراً حسابياً . فالمعيار الذى أوردته لا يعلو أن يكون مجرد مرشد يستأنس به القاضى ، دون أن يحل عليه بالضرورة القول الفصل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى التطبيقين اللذين أوردتهما النص ، فهما بدورهما ليسا قاطعين . والأمر من بعد متروك زمامه بيد قاضى الموضوع الذى يتعين عليه أن يحدد ، فى ضوء ظروف كل حالة : ما إذا كان السكوت ينهض دلالة على القبول من عدمه . ولقاضى الموضوع فى ذلك سلطة تقديرية تنأى به عن رقابة محكمة النقض ، طالما قام تقديره على أسباب سائغة<sup>(١)</sup> . فالأمر يدخل فى رحاب الواقع .

وغنى عن البيان أن كل ما قلناه فى صدد السكوت لا يخل بما يصرح به القانون ، فى حالات خاصة ، من إعطائه أثراً معيناً ، سواء أكان هذا الأثر هو القبول أم الرفض<sup>(٢)</sup> . كما إنه لا يخل بما يتفق عليه العاقدان من ترتيب أثر معين على السكوت ، كما إذا اتفق المؤجر والمستأجر أو العامل ورب العمل على أن سكوت كل منهما عن إبداء رغبته فى إنهاء العقد فى أجل معلوم يكون من شأنه امتداده لفترة تالية معينة كانت أم غير معينة .

## ٥٠ - قيام التعبير عن الإرادة وإنتاجه أثره :

بينما فيها سبق أن الإرادة هى أساس الرضاء ، وبالتالي أساس العقد

---

(١) راجع Marty Raynaud ج ٢ مجلد ٩٦ .

(٢) ففى بعض الأحيان يرتب القانون بنصوص خاصة أثراً معيناً على السكوت . وهو تارة يحمله محمل القبول ، وتارة أخرى يحمله محمل الرفض . ومثال الحالة الأولى ما تضمنته المادة ٢/٣٢٢ فى شأن حوالة الدين المضمون بالرهن الرسمى عند بيع العقار المرهون بيماً مسجلاً ، قاضية بأنه : « ٢ - فإذا اتفق البائع والمشتري على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت برأى ، اعتبر سكوته إقراراً » . ومثال الحالة التى يعتبر فيها القانون السكوت قبولا كذلك ما جاءت به المادة ١/٤٢١ فى خصوص بيع التجربة من أن سكوت المشتري عن إبداء رأيه فى البيع المدة القانونية مع تمكنه من إجراء التجربة هذا يعتبر منه قبولا قلميع ينقذ به البيع . أما الحالة التى يعتبر فيها القانون السكوت بمثابة الرفض ، فمثالها ما جاءت به المادة ٢/٣١٦ فى خصوص حوالة الدين من أن سكوت الدائن بعد إعلانه بالحوالة عن إقرارها خلال أجل مقبول يعتبر منه رفضاً لها .

والتصرف القانوني بوجه عام ، كما بينا أن القانون لا يعتد بالإرادة إلا إذا حصل التعبير عنها . وعلينا أن نحدد هنا متى يوجد التعبير عن الإرادة ، ومتى ينتج أثره .

والتعبير عن الإرادة يوجد فور صلوره من أجراء . ولكنه ، مع ذلك ، لا ينتج أثره ، في القانون المصري ، إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه <sup>(١)</sup> . أما قبل تلك اللحظة ، فالتعبير قائم وموجود ، ولكنه غير منتج أثره . وفي ذلك تقضى المادة ٩١ مدني بأنه : ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك .

وهكذا يلزم أن نفرق بين وجود التعبير عن الإرادة في ذاته ، وبين إنتاج أثره القانوني . فقد يوجد التعبير عن الإرادة مادياً ، بمعنى أن يكتمل له مظهره المادى ، ولكنه يبق مع ذلك ، إلى فترة معينة ، عديم الأثر قانوناً . وهذا ماأخذ به القانون المدني ، مسائراً فيه كثرة من القوانين المعاصرة الأخرى ، حيث جعل الأثر القانوني للتعبير عن الإرادة ، في مجال العقود ، مترخياً إلى وقت وصوله إلى علم من يوجه إليه <sup>(٢)</sup> . فالتعبير من الموجب

---

(١) أما في الفقه الإسلامي ، فينتج التعبير عن الإرادة أثره من وقت صدوره . ولكن الفارق في هذا المجال ، بين الفقه الإسلامي والقانون المعاصر عامة والقانون المصري خاصة ، وإن كان من الناحية النظرية جد كبير ، إلا أنه من الناحية العملية يزول تماماً في صد الإيجاب ، نتيجة إعمال القاعدة الإسلامية القاضية بوحدة المجلس . فوحدة المجلس ، في الفقه الإسلامي ، شرط أساسي لانعقاد العقد . وهكذا لو عبر شخص عن إرادته في إبرام عقد معين ، حالة كون المتعاقدين الآخر غير موجود معه ، فإن هذا التعبير لن يكون له أدنى أثر . أما في التعاقد بالمراسلة ، فيبدأ مجلس العقد في الانعقاد عند تبليغ رسالة الموجب للموجب له ، فيقوم علم هذا به . أما في صد القبول ، فيبرز الفارق كبيراً بين الفقه الإسلامي والقانون المصري ، ولكن في مجال التعاقد بالمراسلة وحده ، حيث يتم العقد ، في ظل الأول ، بمجرد صدور القبول ، في حين أنه ، في ظل الثاني ، يتراخى قيام العقد إلى وقت اتصال القبول بعلم الموجب .

(٢) ويقضى بهذا الحكم ، عل وجه الخصوص ، القانون الألماني (المادة ١٣٠) ، وإن كان قد جعل لإنتاج التعبير أثره رهيناً بوصوله إلى من وجه إليه ، ومعلونة الالتزامات السويسرية

بما ينفي عن إرادته إبرام عقد معين ، وإن تكامل له وجوده المادى من لحظة صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يعتبر إيجاباً بالعقد إلا بعد اتصاله بعلم الموجب له . كما أن التعبير من الموجب له عن إرادته بما يتضمن موافقته على العرض الصادر له ، وإن تكامل له بدوره وجوده المادى فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يعتبر قبولاً يتعقد به العقد ، إلا بعد اتصاله بعلم الموجب .

ولاتظهر أهمية تراخي أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه إلا في التعاقد بالمراسلة بين الغائبين . إذ توجد في هذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن ، تطول أو تقصر ، بين صدور التعبير من صاحبه ، ووصوله إلى من يرسل إليه ، وذلك بالنسبة إلى الإيجاب والقبول على سواء . أما في التعاقد بين الحاضرين ، سواء أكان في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو ما يشابهه . فلا يظهر في العمل أية أهمية لتراخي أثر التعبير عن الإرادة إلى ما بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه ، إذ أن صدور التعبير ووصوله يهآن ، في هذه الحالة ، في نفس الوقت .

وغنى عن البيان أن تراخي أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه لا يكون إلا في مجال إبرام العقود . فهو لا يكون في حالة التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، كالوعد بجائزة موجه للجمهور وكالوصية ، حيث لا يوجد إلا طرف واحد هو الذى يصل منه التعبير ، ولا يوجد غيره يوجه التعبير إليه . ومن ثم ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، في هذا المجال الأخير . بمجرد صدوره من صاحبه ، طالما يظهر منه أن يتضمن عزمه النهائي على إبرام التصرف .

---

= ( المادة ٩٥ ) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى ( المادة ٩٤ ) ( والقانون البرازيل ( المادة ١٠٨ ) . وقد سائر القانون المصرى في حكم القانون البيرى ( ٩١ ) والقانون المدنى الكويتى ( المادة ٣٦ ) ، ووافق فيه القانون العراق وإن لم يصرح به . ولم يأخذ بحكم مغاير من التقنيات العربية التى أخذت أحكامها عن القانون المصرى إلا القانون السوري ، حيث ترك ، على غير عادته ، نص المادة ٩١ مصرى ، وتضمن نصاً ( المادة ٩٨ ) يوصى بأنه يفاير في الحكم .

## ٥٩ - إثبات اتصال التعبير بعلم من يوجه إليه :

رأينا أن التعبير عن الإرادة ، وإن تكامل له وجوده المادى فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لا يكون له أثر قانونى إلا بعد اتصاله بعلم من وجه إليه . ومن شأن هذا الحكم الهام أن يثير مسألة من ذا الذى يتحمل عبء الإثبات .

ولو أننا نمشينا مع القواعد القانونية العامة ، لتوجب أن يقع عبء الإثبات على من يدعى حصول العلم بالتعبير . إذ أن البيئة على من ادعى . وهكذا فلو ادعى الموجب له ، مثلاً ، وصول تعبيره بالقبول إلى علم الموجب ، ليصل بذلك إلى تقرير قيام العقد ، لتعين عايه أن يقيم الدليل على صحة ادعائه . وهو أمر بالغ العسر فى العمل . ومن ثم جاءت المادة ٩١ تقيم قرينة قانونية مؤداها أن وصول التعبير إلى من يوجه إليه ينهض بذاته دليلاً على علم هذا به . مالم يثبت العكس . وهى فى ذلك تقول فى آخرها : " ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك " .

والمقصود بوصول التعبير إلى من يوجه إليه هو وصول إلى موطنه ، حيث يعتبر الموطن هو المكان القانونى للشخص ، ويفترض أنه يعلم بكل ما يصل إليه فيه .

وعلى هذا ، فيكفى لمن وجه التعبير ، فى سبيل الدلالة على العلم به من وجهه إليه ، أن يثبت وصوله إليه . فإن فعل ، اعتبر هذا العلم واقعاً ، مالم يقيم من وجه التعبير إليه الدليل على العكس ، أى أن عبء الإثبات يتحول إلى من وجه التعبير إليه ، حيث يمكنه أن يدخض القرينة التى تقيمها المادة ٩١ ، وذلك بجميع أدلة الإثبات ، بما فيها البيئة والقرائن ، كما إذا أُلغى ، مثلاً ، فى أن يقيم الدليل على أنه لم يكن متواجداً فى موطنه لمرضه أو غيابه أو لأى سبب آخر . بل إنه إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب وتضمن التعبير قبولاً من الموجب له ، فإنه لا يكفى الأول ، فى سبيل الحاجة بعدم قيام العقد ، أن يثبت أنه لم يعلم بالتعبير المتضمن القبول ، بل عليه

أن يثبت أيضاً أن انتفا - علمه به لا يرجع إلى خطأ يعزى إليه <sup>(١)</sup> . فإدام هو قد أوجب بالعقد ، فإن ظروف الحال تقتضي منه أن يربص الرد عليه ، على نحو يعلمه بمضمونه فور وصوله . وهكذا يتحمل الموجب هنا بالتزام بالعمل على أن يصل رد الموجب له إلى علمه فور أن يصل إلى موطنه ، فإن وصل إليه من غير أن يعلم به ، وكان ذلك : راجعاً إلى خطأ يعزى إليه ، ما كان له أن يحتاج بجمل هو المسئول عنه .

## ٥٢ - الملوك عن الإرادة :

رأينا ، فيما سبق ، أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره فور صدوره من صاحبه : وإنما يترأخى أثره القانوني إلى الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويرتب على هذا الحكم نتيجة بالغة الأهمية في العمل . إذ أنه يجوز بمقتضاه لمن يصلر منه التعبير عن الإرادة ، سواء أكان متضمناً إيجاباً أم قبولاً ، أن يقبل نفسه من الصفقة ، إذا بات عنها غير راغب ، وذلك في الحالة التي يفلح فيها أن يوصل إلى علم غريمه رغبته في النكوص ، قبل أن يتصل بعلمه التعبير المتضمن رغبته في إجراء الصفقة ذاتها ، أو في نفس الوقت . وهذا ما يمكن حدوثه في التعاقد بالمراسلة . وهو نمط من التعاقد بات كثير الوقوع في وقتنا الحاضر . لاسيما أن ما وصل إليه فكر لإنسان اليوم من السبل السريعة للاتصال ، وعلى الأخص التليفون والبرق والتاكس ، يمكن الشخص من توصيل عدوله عما يكون قد أبدى رغبته فيه : في وقته المناسب .

فالعقدون عن التعبير عن الإرادة ممكن ، إذا وصل إلى علم من وجه إليه تعبير عن إرادة مضادة ، قبل وصول الأول إليه ، أو في نفس وقت وصوله . وحيث لا يكون للتعبير الأصلي أي أثر قانوني .

ولم يتضمن قانوننا المدني نصاً يصرح بالحكم الذي سقناه . ومع ذلك فلاشك في إعماله . فهو مجرد تطبيق للقاعدة التي أملها المادة ٩١ من أن التعبير

---

(١) انظر نفس ١٩٧٢/١/١٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ص ٦٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه .

عن الإرادة لا يكون له أثر قانوني إلا بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه . فإدام هو كذلك فإن التعبير المضاد الذى يصل إلى علم من وجه إليه . في وقته المناسب ، يلغيه ويمتعه بالتالى من أن ينتج أثره <sup>(١)</sup> . وقد كانت المادة ١٢٥ / ١ من المشروع التمهيدى ، التى تتمثل أصلا للمادة ٩١ من القانون . تتضمن الحكم الذى نحن بصدده <sup>(٢)</sup> ، ولكن العبارة التى تدل عليه حذفت في لجنة المراجعة ، بحجة عدم الحاجة إليه <sup>(٣)</sup> .

ولاعبرة هنا بعلم من وجه إليه التعبير بحصول العلول عنه أو عدم علمه به طالما أنه قد وصل إليه في وقته . إذ لا يقل منه هنا أن يدعى علمه بالتعبير وعدم علمه بالعلول عنه . أو علمه بالأول قبل الثانى .

وتظهر أهمية إمكان العلول عن الإرادة بإرادة مضادة يصل التعبير عنها في وقته المناسب ، بشكل واضح ، بالنسبة إلى القبول : حيث إنه يجوز لمن أرسل إلى الموجب . يلغيه بقبوله . أن يعدل عنه . وبهذا يستطيع أن يقلل نفسه من الصفة ، إذا ندم على ارتضاؤها . بيد أن هذا الحكم لا يعلم كل فائدة بالنسبة إلى الإيجاب . فتظهر له فائدته في الحالات التى يكون فيها

---

(١) راجع : نقض ١٠ إبريل ١٩٥٨ ، طعن ٢٤ / ٩٧ ق ، مجموعة أحكام النقض ص ٩ ص ٣٥٩ قاعدة ٤٠ . وقد جاء في هذا الحكم أن : « مؤدى المادتين ٩١ و ٩٣ من القانون المدف أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه . فإذا كان الموجب قد التزم في إيجابه بالإبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة . فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به . وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال في حوزة الموجب ( الأصح أن يقال هنا إنه إلى هذا الوقت لا يوجد ثمة إيجاب على الإطلاق ) . فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه ، لأن التعديل مآهه إلا صورة من صور العلول لا يمكن إلا في الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه ..... » .

(٢) جاءت المادة ١٢٥ / ١ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت - بعدما أجرى عليها من تعديل وحذف المادة ٩١ من القانون - تنص بأنه : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذى يصل فيه إلى من وجه إليه ، بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول منه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير ، أو في الوقت الذى وصل إليه فيه » .

(٣) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠ .

الإيجاب ملزماً للموجب ، لا يستطيع الرجوع فيه ، وهذه على وجه الخصوص ، هي حالة التعاقد بالمراسلة ( المادة ٩٧ ) . إذ بالعدل ، لا يتمثل التعبير إيجاباً أصلاً .

والحكم الذي وصلنا إليه<sup>(١)</sup> ، يتمشى مع الروح السمحة للشريعة الإسلامية الفراء ، ويتجاوب مع الحديث النبوي الشريف : « من أقال نادماً بيعته ، أقال الله عمرته يوم القيامة » .

### ٥٣ - أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة :

وأينا أن التعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره من صاحبه . ولا يقف الأمر عند هذا الحد . بل إنه بوجود التعبير ، يعيش مستقلاً عن أصله ، كعمل قانوني قائم بحد ذاته . وهكذا فإن قدر لمن أصدر التعبير أن يموت ، أو أن تزول عنه الأهلية . فإن ذلك لا يؤثر في التعبير الذي سبق أن صدر منه . فهذا التعبير يبقى موجوداً . ومادام هو موجوداً ، أمكن له أن ينتج أثره . إذا تحقق ما يلزم لذلك . وهو اتصاله بعلم من وجه إليه . وفي ذلك تقضى المادة ٩٢ بأنه : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه . هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

وهكذا فالأصل أنه إذا مات من صدر منه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج أثره ، فإن ذلك لا يمنع من إنتاج أثره . إذا اتصل بعلم من وجه إليه . ما لم يظهر من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن العقد لا ينقذ إلا مع من وجه التعبير نفسه .

---

(١) وقد أخذت بحكم مائل عدة قوانين ، كالفانون الألماني ( المادة ١٣٠ ) ، ومدونة الالتزامات السويسرية ( المادة ٩ ) ، والقانون البولوني ( المادة ٦٥ ) ، والقانون البرازيلي ( المادة ١٨١ ) . وقد أخذ به أخيراً القانون المدني الكويتي ، حيث إنه جاء ، في المادة ٣٧ منه ، يقضى بأنه : « لا يكون التعبير عن الإرادة أثر ، إذ ما وصل إلى من وجه إليه عدول منه قبل وصوله ، أو في نفس وقت وصوله » .



ولنفهم أثر هذه القاعدة من الناحية العملية . يلزمنا أن نفرق بين ما إذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب ، أى ذلك الذى صدر منه التعبير بالإيجاب . أو هو القابل ، أى ذلك الذى صدر من التعبير بالقبول .

فإن كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب . كما إذا أرسل زيد خطاباً لبكر يعرض عليه أنه يبيعه سلعة معينة ، ثم مات زيد أو فقد أهليته قبل أن يصل تعبيره إلى علم بكر : فإن ذلك لا يمنع هذا التعبير من أن ينتج أثره بعد أن يتصل بعلم بكر . وهذا الأثر هو أنه ينهض إيجاباً بالبيع . ولكن هذا الإيجاب : وإن قام صحيحاً . إلا أنه لن يكون نواة لعقد البيع . والسبب فى ذلك أن بكرأ . إذا عبر عن إرادته بارتضائه الشراء . فإن هذا التعبير لن يتيسر له أن ينهض قبولاً يقترن بالإيجاب القائم . وعلة ذلك أنه لن يتصل بعلم من وجه إليه ، وهو الموجب (زيد فى مثالنا) ، لأنه قد مات أو لأنه قد فقد الأهلية (١) . وهكذا نرى أنفسنا هنا بصدد إيجاب صحيح ، ولكنه لن يقترن به قبول ، فيبقى عديم الأثر .

أما إذا كان من دهمه الموت أو فقد الأهلية هو القابل : كما إذا كتب زيد لبكر يعرض عليه أن يبيعه سلعة . وأرسل بكر برده متضمناً قبوله . ولكنه مات أو فقد أهليته قبل أن يصل رده هذا إلى زيد ؛ فهنا يبقى تعبير بكر قائماً . وينتج أثره عند اتصاله بعلم زيد . أى أنه ينهض عندئذ قبولاً . ومادام إيجاب زيد باق لم يسقط ، فإن قبول بكر يقترن به ، فيتم توافق الإرادتين . ويقوم العقد .

#### ٥٤ - الاختلاف بين الإرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها أو الاختلاف بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

زأينا فيما سبق أن الإرادة أساس الرضاء الذى هو بدوره أساس العقد ، وإن كان القانون لا يعتد بها إلا إذا خرجت عن حيز النفس والنية إلى العالم الخارجى ، وبعبارة أخرى إلا إذا حصل التعبير عنها .

(١) انظر فى هذا المعنى : السهرى ، الوسيط ج ١ نبذة ٨٢ - أحمد حشمت أبوسميت ، مصادر الالتزام نبذة ٨٤ . وانظر فى عكس هذا الرأى : سليمان مرقس ، نظرية العقد نبذة ٨٦ - عبدالمتمم الصدة ، مصادر الالتزام نبذة ٧٩ .

وقد يقع في بعض الحالات ، وإن كانت جد نادرة ، أن تخطئ الوسيلة ، التي استهدف بها الشخص التعبير عن إرادته ، غايتها ، فلا تبرز هذه الإرادة على حقيقتها ، ويقع بذلك خلاف بين الإرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها <sup>(١)</sup> ، وبعبارة أخرى بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة .

ففي مثل هذه الحالة ، يحق أن نقسم عما إذا كان يسوغ لنا أن نقف عند مدلول التعبير عن الإرادة ، ونعتمد به في ذاته ، أم أنه يجب أن نطرح هذا المدلول ولا نعتد به ، مادام قد ثبت أنه لا يطابق الإرادة الحقيقية . ومثال الحالة التي نحن بصدها ، أن يقصد شخص أن يبيع سلعة بجنهين . فيعرضها على الجمهور واضعاً عليها خطأ ورقة تفيد أن ثمنها جنيه واحد . فهنا الإرادة الحقيقية للتاجر هي أنه يريد البيع بجنهين . ولكن مدلول التعبير عن الإرادة هو أنه يعرض البيع بجنهين واحد . فإذا تقدم شخص وأراد الشراء بجنهين . فهل يقوم البيع على أساس هذا المبلغ ، اعتداداً بمدلول التعبير عن إرادة البائع ، أم أنه لا يقوم ، اعتداداً بإرادته الحقيقية ؟ ومثال هذه الحالة أيضاً أن يعزم شخص على قضاء إجازته في فندق معين ، وفي وقت محدد ، وليكن شهر يولييه ، فيكتب للفندق ليعرض عليه أن يحجز له غرفة خلال هذا الشهر . ولكن يزل به القلم ويحجى في كتابه أن الحجز يكون في شهر يونيه ، ويحجز له الفندق بالفعل الغرفة المطلوبة خلال الشهر الوارد في كتابه ، من غير أن يخبر ، فهل يعتبر عقد الفندق أنه قد قام عن شهر يونيه اعتداداً بالتعبير عن إرادة التزيل ، أم أنه يعتبر أنه لم يتم اعتداداً بإرادته الحقيقية التي أخطأ التعبير عن إظهارها .

تتنازع هذا الموضوع ، في القانون المعاصر . نظريتان أساسيتان . إحداهما قديمة تقليدية ، وثانيتها حديثة .

(١) وكما يحدث الاختلاف بين الإرادة الحقيقية وبين مدلول التعبير عنها نتيجة الخطأ . قد يحدث عن عمد وقصد . والاختلاف المقصود يمثل أساساً في التصرف الذي ، بأن يهين الشخص رعاياه بالقدح على نحو محدد ، حالة كونه يضر قديماً أو تحفظاً على رعاياه هذا . والحكم واحد في الحالتين ، بالنسبة إلى من يوجه إليه التعبير .

فالنظرية التقليدية تعدد بالإرادة الحقيقية . فهي ، إن استلزمت حصول التعبير عن الإرادة ، إلا أنها لا تتم به إلا في الحدود التي يجيئ فيها مطابقاً للإرادة الحقيقية . فالتعبير عن الإرادة ، في منطق هذه النظرية . ليس هو الذي يكون بذاته الرضاء ، ويقم بالتالي العقد ، وإنما الذي يفعل ذلك هو الإرادة نفسها ، وإن لزم أن تظهر عن طريق التعبير عنها . ثم يجيئ هذه النظرية فتقيم قرينة على أن التعبير عن الإرادة يطابق حقيقة قصد صاحبه . وإن خولت لهذا الأخير أن يدحضها بإثبات العكس .

هذه هي النظرية الأولى . وتسمى نظرية الإرادة الباطنة *Volonté interne* اعتباراً بأنها تنقصى حقيقة الإرادة الكامنة في باطن النفس ، للتأكد من مطابقة التعبير لها ، لتقيم الرضاء عليها . وتسود هذه النظرية القوانين اللاتينية التزعة ، وعلى رأسها القانون الفرنسي .

أما النظرية الثانية ، فتقتصر اهتمامها على التعبير ذاته ، وتعمل مدلوله . حتى لو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية . فهذه النظرية تكنفي بما ظهر للإرادة ، دون أن تنقصى ما بطن منها . وهي لذلك تسمى نظرية الإرادة الظاهرة *Volonté externe* . أو نظرية الإعلان عن الإرادة *Declaration de la volonté* . فوفقاً لمنطق هذه النظرية ، للتعبير عن الإرادة في ذاته أثره القانوني ، من حيث إنه يكون الرضاء ، ويعمل به على هذا الأساس . حتى لو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية ، أو هو ، في الأقل . ينهض قرينة قانونية قاطعة ، لايحوز دحضها بإثبات العكس ، على أنه مطابق للإرادة الحقيقية <sup>(١)</sup> . وتسود هذه النظرية في القوانين الجرمانية التزعة ، وعلى رأسها القانون الألماني .

هاتان هما النظريتان اللتان تتنازعان ، في القانون المعاصر ، حكم الحالة

---

(١) يبد أن هذه النظرية ، وإن اعتمدت بالتعبير عن الإرادة في ذاته ، إلا أنها تستلزم صدور عن إرادة موجودة . فلا أثر للتعبير ، إذا كان قد صدر من شخص مطوم الإرادة أصلاً ، كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه .

التي يجيئ فيها التعبير عن الإرادة غير مطابق لحقيقة قصد صاحبه (١) . ولا جدال في أن لكل منهما ميزتها . فنظرية الإرادة الباطنة تتميز بأنها تتقصى حقيقة الإرادة . ولا توقف عند مجرد المظهر الخارجي لها . أما نظرية الإرادة الظاهرة فهي : إن ضحت بالقصد الحقيقي لمن صدر منه التعبير . إلا أنها تؤدي . من ناحية أخرى . إلى استقرار المعاملات . عن طريق حماية الشخص الذي عول بحسن نية على ذلك التعبير . وهكذا فالنظرية الأولى تنقسم بترعة شخصية ذاتية : في حين أن الثانية تنقسم بترعة مادية موضوعية .

ويبدو لأول وهلة أن الفارق جد كبير بين النظريتين . وهذا صحيح من الناحية القانونية النظرية . إذ أن النظريتين مختلفتان في ذات الأساس الذي تقوم عليه كل منهما . وفق ما بينا . ولكننا إذا تركنا الناحية القانونية النظرية جانباً ، لنبحث الأمر من الناحية القانونية التطبيقية . وجدنا الخلاف بين النظريتين يضيّق وينحسر إلى حيز جد محدود .

فهاتان النظريتان : وإن بدتا متباعدتين : إلا أنهما : في حقيقة واقعهما ، تتداخلان . وتؤديان في العمل إلى نتائج جد متقاربة . فنظرية الإرادة

(١) وهذا التصاير في أساس الحكم الذي نجهده ، في ظل القانون المماصر . بين نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة ، نجهده أيضاً ، في ظل الفقه الإسلامي ، بين مذاهب المختلفة . فالمذاهب الإسلامية لم يتفق تحت ظلها بدورها الرأي حول الحكم الواجب اتبعه ، عند الاختلاف بين الإرادة الباطنة ، وتسمى ، عند الفقهاء ، بالقصد أو النية ، وبين الإرادة الظاهرة ، وتسمى بالصيغة . فمن هذه المذاهب ما يطلب الإرادة الباطنة . ومنها ما يطلب الإرادة الظاهرة . وقد بلغ الأمر عند بعض المذاهب ، في اعتدائها بالإرادة الظاهرة ، إلى حد القول بأن عبارة المأزول تصلح لإنشاء العقود وترتب الآثار عليها ، دون فرق في ذلك بين عقد وعقد ( وهذا هو الراجح في مذهب الشافعية ) . وإن كان الغالب في الفقه الإسلامي هو عدم الاعتداد بعبارة المأزول ، إلا أنها يكون فيه حق شتامز . اعتباراً بأن حق الله ، جعل قدرته ، لا يكون موضعاً للهزل . ( ينسحب الحنبلة وأكثر المالكية ) . وأساس هذا الرأي قوله ، صلوات الله عليه . « ثلاثة جهنم جد وهنن جد : النكاح والطلاق والمثاق » ، وفي بعض الروايات أضيفت الرجعة ، وفي بعضها الآخر ، أضيفت أيمين . أما الحنفية ، فيشتون بإرادة المأزول ، حتى في غير ما كان فيه حق لله تعالى ، ولكن فقط من حيث كونها تصلح لاتخاذ العقد ، دون أن تكن لصحته . فالجهد القائم على إرادة المأزول ، عند الحنفية ، ينمقد ( لتصح الاختيار . بمعنى القصد إلى التكلم بالعبارة ) ، ولكنه ينمقد فاسداً ( لقوات الرضاء ، أي لانعدام الإرادة ) .

الباطنة ، وإن غلبت الإرادة الحقيقية ، إلا أنها تقيم قرينة على مطابقة التعبير لها ، تأسيساً على أن ذلك يتفق مع الغالب من أمر الناس . وإن ساغ دحض هذه القرينة بإثبات العكس ، إلا أن هذا الإثبات ، في العمل ، يغلب أن يعتذر . ونظرية الإرادة الظاهرة ، من ناحيتها ، وإن أخذت بالتعبير عن الإرادة ، إلا أنها تتطلب لذلك حسن النية فيمن يريد أن يعتد به ، بأن يكون معتقداً تطابقه مع حقيقة القصد من صاحبه . هذا فضلاً عن أنه من الممكن ، في بعض حالات إعمال نظرية الإرادة الحقيقية ، إقامة العقد على أساس التعبير المخالف : تطبيقاً للمستولية التصبرية . وهذا يحدث إذا ما أمكن تكيف المخالف بين الإرادة وبين التعبير عنها على أنه نتيجة خطأ من صاحبها ، وأن هذا الخطأ قد رتب الضرر لمن وجه إليه التعبير ، كما إذا كان هذا الأخير قد عول على التعبير ، ورتب عليه أموره مما جعله يفوت على نفسه صفقة كان يصل إليها لولاه . ففي مثل هذه الحالة ، يحق لمن وجه إليه التعبير المخالف أن يطالب صاحبه بالتعويض . وقد يرى القاضي أن خير سبيل إلى تعويضه هو تقرير قيام الصفقة على أساس التعبير الذي اعتقد مطابقته لحقيقة القصد من صاحبه .

وإذا كنا قد عرضنا النظريتين اللتين تتنازعان ، في قوانين الدول المختلفة حكم الحالة التي يحى فيها التعبير عن الإرادة غير مطابق للقصد الحقيقي لصاحبه ، تعين علينا أن نحدد موقف قانوننا منهما . ولاجدال في أن قانوننا لا زال يسير في الفلك اللاتيني . شأنه في هذا شأن قانوننا القديم وشأن القانون الفرنسي . فهو يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة . ولا يعتد ، في قيام العقد ، بالتعبير عن الإرادة ، إلا في الحدود التي يحى فيها مطابقاً لحقيقة قصد صاحبه . ولأدل على ذلك من نص المادة ٨٩ الذي جاء يقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين .. » . فالنص يستلزم التطابق بين الإرادتين ذاتيهما . وهذا ما يفيد أنه يقيم العقد على الإرادة نفسها ، وليس على مجرد التعبير عنها ، وإلا لقال بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان تعبيرين متطابقين عن إرادتين . بل إن قانوننا في مجموعه لا يكتفي بالإرادة الحقيقية فيتمصاها . ولا يعمل التعبير عنها إلا في الحدود التي يحى فيها

مطابقاً لها ، وإنما يتعمق أكثر فيما هو وراء الإرادة . فيبحث عن الدافع إليها ، بحيث إنه لو كان هذا الدافع غير مشروع : أهدرها وأبطل العقد الذى قصده . وهذا هو مؤدى فكرة السبب الذى سنتناوله فيما بعد .

٥٥ - بيد أنه إذا كان قانوننا يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة . فهو لم يهمل كلية نظرية الإرادة الظاهرة : بل اقتبس منها بعض مظاهر تطبيقها . وطعم بها أحكامه . وهكذا فلئن كان قانوننا يأخذ بالنسبة إلى قيام الرضاء الذى هو أساس العقد ، بل التصرف القانونى عموماً ، بنظرية الإرادة الباطنة كأساس . إلا أنه لا يأخذ بهذه النظرية بصفة تامة مطلقة . بل نجده يأخذ أيضاً من نظرية الإرادة الظاهرة بقسط . ومن مظاهر تأثره بهذه النظرية الأخيرة مايلي :

١ - وفقاً للمادة ٩١ . ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . فلو أن شخصاً كتب لآخر يبنه بقبوله عرضاً كان قد تقدم له به بشأن بيع شئ يملكه . ثم عدل بعد ذلك عن رغبته فى الشراء . وبعث بعدوله هذا للموجب . ولكنه وصل إليه بعد وصول الخطاب الذى يتضمن قبول الشراء : فى مثل هذه الحالة . يقوم البيع ولا يستطيع المشتري أن يتحلل منه . برغم أنه قد عدل فى الحقيقة عن الشراء قبل أن يتم للعقد قيامه . وهكذا يعتد قانوننا بالتعبير عن إرادة المشتري فى الشراء الذى وصل إلى البائع . وقيم الرضاء عليه . فى حين أن هذا التعبير قد كف عن أن يكون مطابقاً لقصده ، بسبب عدوله عن الشراء .

٢ - تنقضى المادة ٩٢ بأن أثر التعبير عن الإرادة لا يزول . كأصل عام بموت صاحبه ولا يفقده الأهلية . وهذا الحكم لا يتمشى مع منطق نظرية الإرادة الباطنة . بل مع منطق غريمتها . إذ أن النظرية الأولى تربط بين الشخص وبين التعبير عن إرادته . بحيث إنه لو مات أو فقد أهليته . قبل أن ينتج تعبيره عن إرادته أثره ، لوجب . وفق منطقها ، أن يزول هذا التعبير . ينوره .

٣- لا يأخذ قانوننا بعبوب الرضاء على إطلاقها . فهو لا يقرر حق الإبطال للمتعاقد كلما ثبت تعيب رضاء . بل إن هناك حالات يكون من المقطوع فيها أن رضاء المتعاقد قد شابه الفساد ، ومع ذلك يقع عقده صحيحاً . فالغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين لا ينهض سبباً للإبطال ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع بدوره فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه ( المادة ١٢٠ ) . فإن وجدنا فى حالة غلط لا ينطوى تحت ماسبق . فإنه لا يمنع من صحة العقد . وهذا لا يتفق مع نظرية الإرادة الباطنة التى تقتضى أن يكون الرضاء مبنياً دائماً على بينة سايمة للأمر المقصود . ولكنه يتفق مع نظرية الإرادة الظاهرة . حيث تهتم بالتعبير عن الإرادة فى ذاته . وما قلناه عن الغلط يسرى على التدليس والإكراه ، إذا وقعا من شخص من الغير . فهما لا يصلحان . فى هذه الحالة سبباً للإبطال . إلا إذا كان من تعاقد مع اندلس عليه أو مع المكره على علم بالتدليس أو بالإكراه أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به ( المادتان ١٢٦ و ١٢٨ ) .

### المطلب الثالث

#### توافق الإرادتين

٥٦- بينا فيما سبق أنه يلزم . لحصول الرضاء الذى هو أساس العقد . أن تتواجد الإرادة فى كل من طرفيه . وأن يقع التعبير عنها . وهذان الأمران لا يكفيان . بل يلزم ، فضلاً عنهما . أن تتوافق إرادتا طرفى العقد على قيامه . وعلينا هنا أن نحدد كيفية حصول هذا التوافق .

والتوافق بين الإرادتين يتم على خطوات ثلاث : الإيجاب والقبول ثم ارتباط القبول بالإيجاب . ويلزمنا بالضرورة أن نتناول كلا من هذه الموضوعات . ثم نعقب بدراسة بعض حالات يأخذ فيها هذا التوافق شكلاً خاصاً ، لنختتم بدراسة النيابة فى التعاقد .

### (أ) الإيجاب

٥٧ - لكي يتم إبرام عقد معين ، يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على آخر ، بعد أن يكون هو قد استقر نهائياً عليه . ويطلق على هذا العرض اصطلاح « الإيجاب » . ولاهم ، بالنسبة إلى عقد معين . أن يرد الإيجاب من هذا المتعاقد أو من ذلك . فأيهما يبدأ بعرض الصفقة . يكون هو المتقدم بالإيجاب (١) .

فالإيجاب offre ou pollicitation هو العرض الذى يتقدم به شخص معين إلى آخر بالنسبة إلى إبرام عقد ما . بغية حصوله على قبوله إياه . وبالتالي على قيام هذا العقد . ويلزم ، لكي يعتبر العرض إيجاباً ، أن يتضمن . فى الأقل ، طبيعة العقد المراد إبرامه . بيعاً كان أو إيجاراً أو هبة . مثلاً . فضلاً عن أركانه الأساسية . فالإيجاب بالبيع مثلاً . يلزم أن يتضمن الرغبة فى إبرام البيع والشئ المراد بيعه أو شراؤه واثمن . ولا يوجد ثمة ما يمنع بعد ذلك من أن يتضمن الإيجاب الشروط التى يرغب الموجب التعاقد على أساسها . أو بعض هذه الشروط . حتى لو كانت فى ذاتها ليست على كبير أهمية .

### ٥٨ - الإيجاب الموجه للجمهور :

لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يوجه الإيجاب لأشخاص غير معيّنين : أى لجمهور الناس . على أن ذلك يقتضى . بطبيعة الحال . ألا تكون شخصية من يراد التعاقد معه ذات اعتبار أساسى فى التعاقد .

ولم يعرض مشرعنا المصرى للإيجاب الموجه للجمهور . ولكن القواعد القانونية العامة كفيلة بتقريره وتنظيمه على سواء .

فمن حيث المبدأ . لا يثنائى مع مقتضى القانون أن يكون الإيجاب موجهاً

---

(١) ولا يوجد فى ذلك أى خلاف بين القانون المعاصر وبين الغالب فى الفقه الإسلامى . مع ملاحظة أن الشافعية والحنابلة يرون ، فى العقود التى يترتب عليها انتقال الملك كالبيع ، أن الإيجاب يصدر دائماً من يكون منه التملك . ولم يجه متخراً . أما القول فهو الذى يصدر من يصير إليه الملك . وأن جه متقدماً .



لعموم أفراد الناس دون تخصيص ، طالما أن شخصية المتعاقد ليست ذات اعتبار في التعاقد . ومن حيث التنظيم . فالقواعد القانونية العامة تتيح لنا أن نخضع هذا النوع من الإيجاب للأحكام التي تقتضيها أوضاع التجارة والتعامل مع الجمهور .

وكل ما يثار في شأن الإيجاب الموجه للجمهور من صعوبات هو تحديد ما إذا كان العرض المقدم لأفراد الناس يرتق حقا إلى مرنة الإيجاب . أم أنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد . والمعيار الذي يراعى هنا هو نفس المعيار الذي سوف نبرزه فيما بعد . عند تناول التفرقة بين الإيجاب ومقدماته . وقوام هذا المعيار العزم النهائي من صاحب العرض على إبرام الصفقة مع كل من يتقدم إليه بمجرد أن يرتضى عرضه . فإذا كان العرض من هذا النوع . فهو إيجاب . والا فهو مجرد دعوة إلى التعاقد . ومن المسلم في الفكر القانوني أن عرض البضائع في واجهات المتاجر أو نحوها مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً . في حين أن النشر والإعلان عن السلع أو الخدمات ورسائل أو توزيع قوائم الأسعار الجارية التعامل بها لا يعتبر إيجاباً . ما لم يتضح العكس من ظروف الحال (١) .

ومن أبرز صور الإيجاب الموجه للجمهور . فضلا عن عرض البضائع في واجهات الخوانيت مع تعليق أثمانها عليها . الإيجاب الذي توجهه الشركات والمؤسسات التي تقدم للجمهور الخدمات العامة بشروط تحددها . كهيئة السكك الحديدية وشركات الطيران والتأمين . ومنها كذلك وقوف سيارة الأجرة في المكان المخصص لها في انتظار من يركبها . ومن تلك الصور . في النهاية .

---

(١) جاءت المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى متجاوبة مع مذكراته في المتن . وهي في ذلك تقول : « ١ - يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً . ٢ - أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارية التعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد . فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض » . وهذا الذي جاءت به المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى مستمد من المادة ٢/٧ و٣ من ملونة الالتزامات السويسرية والمادة ٧٣ من القانون البولوني . وانتقل حكم المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى المصرى إلى القانون العراقى ( المادة ٨٠ ) وإلى القانون الأردنى ( المادة ٩٤ ) ، كما أن القانون المدنى الكويتى قنته أيضا . وإن ارتفع به إلى مرتبة التأصيل ( المادة ٤٠ ) .

ما نراه في الكثير من البلاد من وضع الآلات الميكانيكية تحت استعمال الجمهور كالموازين وآلات توزيع المنتجات .

وغنى عن البيان أن الإيجاب الموجه للجمهور يتضمن ، بطبيعة الأمور ذاتها ، قيداً معيناً مؤداه أن هذا الإيجاب يقع معلقاً على شرط توافر إمكانية تمتشى صاحبه معه . فهبئة السكك الحديدية مثلاً ، أو شركة مصر للطيران . وهي توجب للجمهور الناس نقلهم بالشروط التي تحددها ، تحصل إيجابها ذلك معلقاً على شرط توافر الأمكنة الشاغرة . ثم إن الإيجاب الموجه للجمهور لا يخل بما تقتضيه التجارة من أوضاع . فإذا عرض أحد التجار ، مثلاً ، سلعة في واجهة محله وعليها ثمنها ، فإن عرضه هذا قد لا يعتبر إيجاباً ببيعها . إذا كانت ظروف الحال تدل على أنه قد وضعها للدعاية فحسب ، كما إذا كانت وحيدة من نوعها ليس لها ما يماثلها في متجره . كما أن التاجر ، بوضعه سلعة معينة في متجره ، قد يقصد من وراء ذلك إبقائها في مكانها للدعاية . وأنه يريد بيع سلعة أخرى تماثلها .

#### ٥٩ - مقدمات الإيجاب :

في بعض الأحيان ، يتم الإيجاب دون أن تسبقه مقدمات . ويحصل ذلك عادة في إبرام العقود قليلة الأهمية ، ولا سيما العقود التي تقتضيها الحياة اليومية للناس : كالعقد الذي تشتري بمقتضاه الصحف أو المأكلة أو الخضر أو الملابس . وكالعقد النقل الذي يبرمه الفرد منها بركوبه سيارة أجرة أو « أتوبيس » . وكالعقد الذي بمقتضاه يتناول الشخص القهوة أو الشاي في مقهى ، أو الطعام في مطعم ، أو ينزل في فندق . وتكمن في العقود الهامة . كبيع أرض أو منزل أو سيارة . وكليجار المنزل أو الأرض . يغلب أن يحى الإيجاب على أثر معاوضات تطول أو تقصر . أو على أثر دعوة إلى التعاقد . فكل ماسبق العزم الهائى على إبرام العقد ، ويستهدف مجرد التحضير أو التمهيد له . لا يعتبر من قبيل الإيجاب . بل هو من قبيل المفاوضات بشأنه ، أو من قبيل الدعوة إليه .

وقد تدق ، في بعض الأحيان ، التفرقة بين الإيجاب وبين المقدمات التي تسبقه ، وهي التي كثيراً ما يطلق عليها الدعوة إلى التعاقد أو الدعوة إلى التفاوض . وخير معيار نراه في هذا الصدد هو أن نتبين . وفق مايتضح من ظروف الحال . ماإذا كان العرض يتم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة . أي بمجرد أن يقبله الموجب له ، أم عن مجرد التمهيد أو التحضير له<sup>(١)</sup> . فإذا كان الأمر الأول : كنا بصدد إيجاب . وإن كان الأمر الثاني ، كنا بصدد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض . فقوام معيارنا أمران جوهريان : ( الأول ) العزم النهائي من العاقد مقدم العرض على إبرام العقد . فلا يكفي مجرد الرغبة فيه إذا لم تحصل إلى حد البت . ( الثاني ) أن نحصل العرض المتضمن العزم النهائي على إبرام العقد على صورة بحيث إن مجرد صدور قبوله من الطرف الآخر يكون من شأنه أن يؤدي إلى قيام العقد على أساسه . وهذا الأمر وذاك يتطلبان في العرض . لكي يرتقي إلى مرتبة الإيجاب ، أن يتضمن ، في الأقل . طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية .

وتطبيق المعيار السابق يؤدي بنا إلى اعتبار العرض الذي لا ينطوي إلا على مجرد الرغبة في إبرام عقد ما . دون بيان كل أركانه . مجرد دعوة إلى التعاقد . ومثال ذلك الالفة التي يعلقها الشخص على داره متضمنة مايفيد أنه للبيع أو أنه للإيجار . وكذلك الإعلان الذي ينشر لهذا الغرض . والسبب في ذلك أن الشخص . بعرضه الدار للبيع أو للإيجار ، مجرداً عن ذكر كل أركانه ، حيث ينتقص الثمن أو الأجرة : لا يقصد أن يتعاقد مع كل شخص يتقدم إليه ، وإنما يقصد أن يتعاقد مع من يقبل شروطه . فهو بذلك لا يتم عن عزم نهائي في إبرام العقد . وبالتالي فهو لا يوجب بالتعاقد ، وإنما يدعو الناس إليه . ومثال العرض الذي لا ينطوي إلا على مجرد الرغبة في إبرام العقد دون تضمنه كل

(١) وقريب من هذا المعيار ما جاء في حكم النقض الصادر في ١٩ يونيو ١٩٦٩ في الطعن رقم ٣٥/٣٢٣ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٠ قاعدة ١٥٩ ) من أن « الإيجاب هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين ، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد » .

أركان العقد ، والذي لا يرتق من ثم إلى مرتبة الإيجاب ولكنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد ، ما قضى به من أن عرض شخص على آخر القيام بعمل معين ، دون تضمن الشروط والتفاصيل اللازمة ، لا يعتبر إيجاباً<sup>(١)</sup> .

ومن قبيل العرض الذى لا يزم صاحبه على إبرام الصفقة بمجرد أن يصدر القبول ممن يوجه إليه الإعلانات عن السلع أو الخدمات التى تنشر فى الصحف وغيرها من سبل الإعلام مرئية كانت أم صوتية . وكذلك لإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارى التعامل بها . سواء أكان للجمهور أم لأفراد معينين من الناس . فكل ماسبق لا يعدو . فى الأصل . أن يكون مجرد سبيل للدعاية والإعلان لحث الناس على التعامل<sup>(٢)</sup> . فهو يتمثل إذن دعوة إلى التعاقد أو التفاوض . وليس إيجاباً به ؛ وذلك بالضرورة ما لم يظهر العكس من ظروف الحال .

ومن قبيل العرض الذى لا يعتبر إيجاباً . وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد ؛ اعتباراً بأنه لا يتضمن العزم النهائى على إبرام العقد بمجرد صدور قبوله ممن يوجه إليه ، ذاك الذى يوجه إلى أشخاص عديدين أو إلى جمهور الناس . إذا اتضح من الظروف أن شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار أساسى فى التعاقد ، بحيث يكون لصاحب العرض أن يتخير من يريده . ومثال ذلك أن يعلن شخص فى الصحف عن حاجته إلى سكرتير خاص . فمثل هذا الإعلان ، لا ينطوى على إيجاب بإبرام عقد العمل ؛ بل على مجرد دعوة إلى التعاقد . حتى لو تضمن الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها . كما إذا ذكر فى الإعلان المؤهلات المطلوبة فى السكرتير والأجر والمدة المعروضين . والسبب فى عدم اعتبار العرض هنا إيجاباً هو أن

---

(١) راجع استئناف مختلط ١٩٠٤/٣/١٦ ص ١٤٧ و ١٩٠٢/٤/٢٤ ب ١٤ ص ٢٦٤ (والحكماء أشار إليها فى مؤلف استاذنا السنبورى ، الوسيط ج ١ ط ٢ ص ١٢١ هامش ٢) .

(٢) وذلك بخلاف عرض البضائع مع بيان أثمانها ، فهو يعتبر إيجاباً لأنه يتضمن عزم التاجر على البيع لأى شخص يرغب فى الشراء بالثمن المعروض . راجع ما سبق أن ذكرناه فى المتن ، نبذة ٥٨ .

صاحب الإعلان لا يقصد بالضرورة أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه ، بل هو ، بالإعلان الذي أجراه ، يدعو الناس إلى التقدم إليه . ليتخير من بينهم من يشاء .

ومن الأمور التي لا تصل إلى مرتبة الإيجاب بالعقد ، وإنما تقف عند مجرد التفاوض في شأنه والتحضير له أن يتقدم شخص بعرض متعلق بشئ معين كان يشتره ، إذا كان عرضه في شأنه لا يتفق مع حقيقة واقعه <sup>(١)</sup> .

وللتفرقة بين ما يعتبر إيجاباً ، من ناحية ، وبين ما يعتبر مفاوضة بشأن العقد أو دعوة إلى التعاقد . من ناحية أخرى : أهمية كبرى . فالإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد . فهو يوجه إلى الطرف الآخر . حتى إذا ما قبله ، قام العقد . وما ساء بعد ذلك لمن وجه الإيجاب أن يتحمل منه . أما الدعوة إلى التعاقد ، فهي لا تتضمن أكثر من أن يستحث بها صاحبها الشخص الذي وجهت إليه على أن يتقدم للتعاقد معه ، حتى إذا ما استجاب هذا إليها ، تقدم للأول بإيجابه . فن ينشر في الصحف إعلاناً يطلب فيه سكرتيراً خاصاً له ، مثلاً : يدعو الجمهور إلى التعاقد معه . فإذا لبى أحد الأفراد دعوته هذه ، تقدم له بإيجابه . وهنا يكون لناشر الإعلان أن يقبل هذا الإيجاب أو يرفضه : دون أن يكون عليه في ذلك معقب ، كأصل عام .

وهكذا نجد الدعوة إلى التعاقد خطوة إلى الإيجاب . في حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد .

ولهذا التكييف أهمية بالغة . فالإيجاب : إذا ما قبل ، نشأ العقد . وما ساء للموجب بعد ذلك أن يتحمل من إيجابه ، كما سبق لنا أن بينا . أما إذا لبى

---

(١) انظر نقض ١٩٥٠/١/٩ قضاة ١٨/٨٨ ق بمجموعة النقض س ١ ص ٢٠٣ قاعدة ٩٦ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم أن شخصاً تقدم بعرض شراء قطعة أرض من آخر مع اختلاف عرضه مع حقيقة الأرض بالنسبة إلى حدودها ومساحتها . ونقست محكمة الموضوع برفض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المقامة من صاحب العرض . وباركت المحكمة العليا هذا القضاء ، اعتباراً بأن الاختلاف على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير قائم وإن كل محصل هو مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين .

الدعوة إلى التعاقد، فلا يترتب على تليتها أكثر من إيجاب يقدم إلى من وجهها .  
وللموجب له . كأصل عام ، كامل الحرية في أن يقبل الإيجاب أو يرفضه .  
وهكذا نصل إلى أنه يجوز لمن يدعو الناس إلى التعاقد أن يفرض إتمامه مع  
من يستجيب لدعوته . والأصل أن رفضه التعاقد هنا لا يحمله بالمسئولية <sup>(١)</sup> .

#### ٦٠ - أثر الإيجاب :

الإيجاب . كما بينا ، هو العرض الذى يتقدم به أحد العاقدين متطوياً  
على رغبته النهائية في إبرام العقد . بشرط أن يتضمن . فى الأقل . تحديد  
أركان هذا العقد التى يرغب هو أن يقوم التعاقد عليها وشروطه الأساسية .  
والفرض الآن أن الإيجاب قد تم . الفرض . مثلاً . أن شخصاً معيناً عرض  
على آخر أن يبيعه أرضاً محددة بثمن معلوم . ونريد هنا أن نحدد أثر هذا  
الإيجاب .

يقتصر أثر الإيجاب على أنه عرض يتقدم به أحد طرفى العقد المراد  
إبرامه للآخر . فهو بالضرورة لا يتطوى على إلزام للمتعاقدين . فالذى  
يرتب القوة الملزمة للمتعاقدين هو العقد نفسه . أما الإيجاب فهو مجرد خطوة

---

(١) ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التى يعتبر رفض التعاقد فيها عملاً خاطئاً من شأنه أن  
يستوجب المسئولية ، على أساس العمل غير المشروع . فهناك أشخاص يدعون الناس ويستحثونهم  
على التعاقد معهم ، كالتهجار ينشرون على الجمهور إعلاناتهم ويحثون إليهم بقوائم أسعارهم ،  
وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتحون علامتهم داعين الناس إليها ، وكأرباب الصناعات والأعمال  
يدعون العمال إلى العمل لديهم ، مثل هؤلاء الأشخاص ، وإن كان لهم ، كأصل عام ، أن يرفضوا  
التعاقد مع من يستجيب لدعوتهم ، إلا أنه ، إذا ثبت أن رفضهم قد تجرد عن المبرر والمسوغ .  
اعتبر ذلك منهم عملاً خاطئاً من شأنه أن يشغل مسئوليتهم التقصيرية . إذ أنهم هم الذين استحوذوا  
الناس على التعاقد معهم . فلا يسوغ لهم نتيجة ذلك أن يرفضوا هذا التعاقد بعد أن تلبى دعوتهم ، من  
من غير أن يستندوا في ذلك إلى مبرر معقول . ومن شأن إعمال فكرة المسئولية التقصيرية هنا أخكم  
بالتعويض لمن رفض التعاقد معه . وقد يرى القاضى أن غير ما يفعله هنا هو أن يقضى بالتعويض  
العنى ، فيحكم باعتبار العقد ، الذى رفض إبرامه ، قائماً . وهنا يقوم العقد ، لا على أساس توافق  
الإيجاب والقبول ، ولكن على أساس التعويض العنى . ( راجع فى المسئولية عن الخطأ فى رفض  
الإيجاب المقدم على أثر الدعوة إلى التعاقد : السهورى ، الوسيط ١ تبليق ١٠٠ ) .

إلى العقد ، قد تصل بنا إليه ، وقد لا تصل . فهو يصل بنا إلى قيام العقد ، إذا ارتبط به القبول ، وإلا فلا .

والأصل في الإيجاب أنه لا يلزم ، حتى من صدر منه ، أى الموجب . فلماذا أن يرجع عنه بعد تقديمه . أى أن له أن يسحبه ، طالما بقي مجرد إيجاب ، أى لم يقترن به بعد قبول . ويستفاد هذا الحكم ، عن طريق مفهوم المخالفة ، من نص المادة ٩٣ . فهذا النص يفرض على الموجب التزاماً بالإبقاء على إيجابه . إذا عين ميعاداً للقبول . فهو إذن لا يلتزم بالإبقاء عليه عند انقضاء هذا التعين . فكان الأصل العام هو أن الموجب لا يلتزم بإيجابه . بمعنى أنه يسوغ له أن يرجع فيه ، قبل أن يقترن به القبول من الطرف الآخر . وهذا الحكم من بعد هو الذى يسود في الفكر القانوني المعاصر بوجه عام<sup>(١)</sup> . كما أن جمهور فقهاء المسلمين يقولون به . وهو مؤدى ما يسمى عندهم « خيار الرجوع »<sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ أن الإيجاب ، في ظل القانون المصري ، لا يعتبر قائماً . إلا بعد أن يتصل بعلم الموجب له . إذ أنه تعبير عن الإرادة . والتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانوني : إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه ( المادة ٩١ ) ، وفقاً لما سبق لنا أن بيناه<sup>(٣)</sup> . فقبل أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه ، يستطيع الموجب دائماً أبداً أن يعدل عنه . ويتم له ذلك بإخطار الموجب له بعنونه ، بشرط أن يصل إليه هذا الإخطار قبل أن يصل إليه

(١) تتنازع هذا الحكم في القانون المقارن فكرتان : تقوم أولاً على التزام الموجب بإيجابه . فتصره من الرجوع فيه ، ما لم يتضمن ما يمين عن قصده في الاحتفاظ بحقه في ذلك . أما الفكرة الثانية ، فلا تنص على الإيجاب في ذاته صفة الإلزام ، وتخول بالتالي لصاحبه أن يرجع فيه . مثلاً لم يقترن به بعد قبول . وهذه الفكرة الأخيرة هي التى تسود في الغالبية الكبرى من القوانين المعاصرة . (٢) وقد أخذت المجلة بخيار الرجوع ( المواد ١٨٢ - ١٨٥ ) . وذهب رأى في المذهب المالكي يقول بلزوم الإيجاب على صاحبه ، حتى أنه إذا رجع فيه ، وصدر بعد ذلك القبول في مجلس العقد ، أنقذ العقد ( راجع الخطاب ج ٤ ص ٢٤٠ ) .

(٣) راجع ما سبق ، لنبذة ٥٠ و ٥٢ .

الإيجاب نفسه<sup>(١)</sup> ، أو حتى في نفس وقت وصوله . كما إذا أرسل الموجب إيجابه بالبريد العادي . ثم ضمن عدوله برقية بعث بها إلى الموجب له . ووصلت إليه أولاً أو في نفس الوقت .

ولكن الأمر لا يقف عند حد إمكان الموجب العدول عن إيجابه . قبل أن يتصل هذا الإيجاب بعلم من وجه إليه . بل إنه حتى إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه . واكمل له بالتالي كيانه القانوني كإيجاب قائم . يكون من أجراء . كقاعدة عامة . أن يرجع فيه . طالما بقي مجرد إيجاب . أى طالما لم يقترن به قبول الموجب له . على نحو ماسبق لنا أن بيناه منذ قليل . أما بعد أن يقترن القبول بالإيجاب . فلا يسوغ بالضرورة للموجب أن يتحلل من انصفقة . فمن الحق أن له . كقاعدة عامة . أن يرجع في إيجابه . ولكن في حالتنا هذه . لم يعد هناك إيجاب ما . حتى يمكن الرجوع عنه . فالإيجاب الذي كان قائماً قد تفاعل مع قبول الموجب له . ونشأ عن تفاعلها شيء جديد مستقل عنهما . وهو العقد . والقاعدة أنه لا يسوغ لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد .

وهكذا نصل إلى أنه يسوغ للموجب . كأصل عام . أن يرجع عن إيجابه . طالما أنه لم يقترن به قبول . من هنا جرى القول بأن الإيجاب في الأصل يقع غير ملزم . أى أنه لا يلزم صاحبه بالإبقاء عليه . في انتظار أن يلحقه القبول .

٦١ - التزام الموجب بإيجابه إذا اقترن بميعاد للقبول : إذا كانت القاعدة العامة هي أن الإيجاب يقع غير ملزم ، بالمعنى الذى حددناه . إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . فيرد عليها استثناء هام . ومؤدى هذا الاستثناء أن الإيجاب يقع ملزماً . ويمتنع بالتالي على الموجب الرجوع فيه : إذا كان هذا قد حدد لمن وجهه إليه ميعاداً ، يبدى خلاله رأيه فيه . قبولاً أو رفضاً ،

---

(١) راجع نقض ١٠ أبريل ١٩٥٨ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٣٥٩ ، وقسبت الإشارة إليه .



أو كانت ظروف الحال أو طبيعة المعاملة تقتضيه ، وذلك طوال هذا الميعاد . وفي ذلك تقضى المادة ٩٣ مدنى بأنه : « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ - وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » (١) .

فإذا حدد الموجب ميعاداً للموجب له ، لكي يبدى خلاله رأيه فى الإيجاب الذى يعرضه عليه ، إن قبولاً أو رفضاً . تقيد الموجب بهذا الميعاد

---

(١) وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٣٠ من المشروع التمهيدى ، والتى أصبحت بعد تعديلات لفظية المادة ٩٣ من القانون تقول : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول ، حتى حدد له ميعاداً ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغالب أو خاسر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب ، بعد أن فقد ماثراً له من قوة الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المحقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبق إيجابه قائماً ، إلا فى خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تشبيهه مع ما يفتى فى حقيقة نية الموجب ، ويراهى أن القول بسقوط الإيجاب ، عند انقضاء الميعاد ، يستلزم اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد ، وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق . وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز فى كيننه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منكرة والثانى اتفاق إرادتين .

ويكون تحديد الميعاد فى غالب الأحيان صريحاً ، ولكن قد يقع أحياناً أن يستفاد هذا التحديد ضمناً ، من ظروف التعامل أو طبيعته ، فإذا عرض مالك أنه أن يبيعه تحت شرط التجربة ، فمن المسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه ، طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير للقاضى . وتختلف هذه الصورة عن صورة الإيجاب الموجب إلى الدئب . بغير تحديد صريح أو ضمنى لميعاد ما ، وقد عاجلها المشروع فى المادة التالية ، فقضى بأن يبق ، الموجب ملزماً بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصل قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد .

وإذا كان الإيجاب غير ملزم فى رأى القضاء المصرى ، فقد انحصر الاشكال فى تعيين الفترة التى يظل الإيجاب قائماً فى خلالها ، إذا لم يكن قد عدل عنه . وقد جرى القضاء فى هذا الشأن عن أن الإيجاب لا يسقط ، إلا إذا عدل عنه الموجب ، أو ما لم يكن قد اتفق على ميعاد يسقط بانقضائه ( استئناف مخطوط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ ب ٣٠ ص ٦٤ ) أو ما لم يكن قد تبين بجلاء أن المتعاقدين قد اتفقا ضمناً على ميعاد . أما فيما يتعلق بتحديد الميعاد الذى يتفق عليه ضمناً ، فللقاضى أن يقوم بتعيينه ، إذا لم يحدده المتعاقدان بوجه من الوجوه ، بالرجوع إلى نية الموجب وفقاً لظروف كل حالة ينصونها ( استئناف مخطوط ١٨ يناير سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٠٠ ) .

وامتنع عليه الرجوع عن إيجابه ، مايق الميعاد قائماً لم ينقض . فإن وقع منه هذا الرجوع قبل فوات الأجل المحدد ، اعتبر رجوعه هذا كأن لم يكن أصلاً . لحصوله بمخالفة الترام يفرضه القانون عليه بالإبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة . وهكذا يظل الإيجاب ، في حالتنا قائماً ، برغم رجوع الموجب غير المشروع عنه . ويترتب على ذلك أنه إذا صدر القبول ، خلال الميعاد المحدد . اعتبر مصداقاً لإيجاباً قائماً . ونشأ بالتالي العقد . حتى لو كان الموجب قد غر في الحقيقة رأيه ، بعد أن اتصل إيجابه بعلم الموجب له . وأبلغ هذا الأخير بعلمه له .

يبين مما سبق أن الإيجاب يقع . استثناء من القاعدة العامة ملزماً ، بمعنى أن الموجب يلتزم بالإبقاء عليه . إذا كان قد حدد للموجب له ميعاداً لإصدار قبوله أو رفضه ، وذلك خلال هذا الميعاد . وهذا الحكم الذي تقضى به المادة ٩٣ لا يعدو أن يكون تفسيراً من المشرع لإرادة الموجب . فهذا الأخير . إذ يحدد للموجب له ميعاداً يبدى خلاله رأيه في إيجابه . يريد بالضرورة أن يبقى ملتزماً بهذا الإيجاب خلال هذا الميعاد .

والإيجاب ، إذ يصير ملزماً للموجب . خلافاً للأصل العام ، إذا حدد هذا الأخير للموجب له ميعاداً يبدى خلاله رأيه بشأنه ، فإن هذا التحديد قد ينحى صريحاً . وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، أو طبيعة المعاملة . ومثال التحديد الصريح . أن يعرض شخص معين على آخر أن يبيعه منزله بتمن محدد . ويترك له مهلة أسبوع أو أكثر أو أقل . ليتدبر فيها أمره ، ويقبل الصفقة أو لا يقبلها .

أما التحديد الضمني لميعاد القبول . فهو ذاك الذي يستدل عليه من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، كما قلنا . ومثاله أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه سيارة أو ماكينة على شرط التجربة . فظروف الحال هنا تدل على أن الموجب يترك للموجب له الميعاد الذي تستغرقه التجربة بحسب المألوف . لكي يبدى خلاله برأيه<sup>(١)</sup> . ومثال التحديد الضمني لميعاد القبول

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ١٣٠ .

أيضاً أن يتقدم شخص بعطاء في مزاد أو في مناقصة ؛ فظروف الحال هنا تدل على أن الإيجاب الذى ينطوى عليه تقديم العطاء يتضمن الميعاد اللازم لتقديم عطاء آخر يزيد عليه أو يقل عنه . أو لفرض الظروف ، إذا كان المزاد أو المناقصة قد حصل بطريقته . ومثال التحديد الضمنى لميعاد القبول في النهاية ، ما يحصل في التعاقد بالمراسلة . فإذا أرسل شخص ، مثلاً إلى آخر خطباً يعرض عليه صفقة معينة ؛ دلت ظروف الحال ، في غالب الأحيان . على أن الموجب يترك للموجب له ميعاداً مناسباً . يبدأ من وصول الخطاب إليه . لكي يتدبر فيه أمره ويبت في العرض برأيه . ثم يرسل إليه رده . وهكذا تدل ظروف الحال هنا على أن الموجب أراد أن يلتزم بإيجابه طوال المدة اللازمة . بحسب الظروف العادية المألوفة ، لكي يبت الموجب له برأيه ويبتع برده ويصل هذا الرد إلى الموجب . وعلى أية حال فاستخلاص التحديد الضمنى لميعاد القبول ومداه أمر تدل عليه طبيعة المعاملة وظروف التعاقد . وهو من بعد أمر يتعلق بالواقع ، ولقاضي الموضوع فيه فصل القول . دون رقابة عليه من محكمة النقض .

يخلص من كل ما سبق أن الإيجاب . وإن كان بحسب الأصل غير مازم . بمعنى أنه يسوغ لمن أصدره أن يرجع فيه أو أن يسحبه . طالما أن القبول لم يقترن به . إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء هام . مؤداه أن يقع الإيجاب ملزماً . ويمتنع بالتالى على الموجب الرجوع فيه . وذلك إذا كان الموجب قد حدد ميعاداً للموجب له . لكي يبدى خلاله رأيه في إيجابه . حيث يكون الإيجاب هنا ملزماً طوال الميعاد المحدد لإبداء الرأى . وسواء بعد ذلك أن يكون تحديد الميعاد صريحاً أو أن يستدل عليه ضمناً من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال (١) .

---

(١) ويلاحظ أنه لا يوجد في القانون الفرنسى نص تشريعى يحكم هذا الحكم ، وإن كان القضاء الفرنسى يجمع على اتباعه أو يكاد . بل إن تمة اتجاهه ، في الفقه الفرنسى ، يميل إلى اعتبار كل إيجاب أنه مقترن ضمناً بميعاد مقبول للقبول يكون ملزماً خلاله ، ويتيح لمن وجه إليه فرصة =

## ٦٢ - سقوط الإيجاب :

بيننا ، فيما سبق ، أن أثر الإيجاب في ذاته يقتصر على كونه مجرد عرض يتقدم به صاحبه ، أى الموجب . إلى من يُوجه إليه ، أى الموجب له ، لإبرام الصفقة بينهما . وإذا كان للموجب . كقاعدة عامة ، أن يرجع في

== مناسبة للتفكير . راجع في ذلك Mazeaud . المؤلف السابق الإشارة إليه ، تبذة ١٣٤ . وك هو الحال في القانون الفرنسى ، لا يكن في قانوننا المذقى القديم نص على الإلزام للإيجاب عندما يقترون . معاد محدد للقبول . ومع ذلك اتجه الفكر القانونى تحت غله . فقها وفضاء ، إلى القول بذلك الإلزام ( راجع السهررى . الوسيط ج ١ تبذة ١٠٣ ) .

وأمام علم وجود نص في القانون الفرنسى وفي قانوننا المصرى القديم يقرر إلزام الإيجاب المقترون بميجاد محدد للقبول ، حاول الفقهاء تأسيس هذا الإلزام على القواعد القانونية العامة . وفي هذا الصدد ثار الجدل حاداً وعتيقاً ، وتمددت الآراء . وأرجع بعض الفقهاء هذا الإلزام إلى إرادة الموجب المنفردة . ورأى البعض الآخر أن إلزام الإيجاب المقترون بميجاد للقبول لا يرجع إلى الإرادة المنفردة للموجب ، بل إلى عقد يبرم بين الموجب والموجب له ، ويتضمن التزام الأول بالإبقاء على إيجابه طوال الميجاد المحدد للقبول . فوفقاً لهذا الرأى . ينطوى الإيجاب المقترون بميجاد للقبول على إيجابين ، لا واحد فحسب . فهو ، إلى جانب اعتباره إيجاباً بالصفقة ذاتها ، يتضمن إيجاباً آخر بالإبقاء على عرض الصفقة على الموجب له طوال المدة المحددة . وهذا الإيجاب الأخير يتشخص في مجرد منفعة للموجب له ، فسكوته ينهض قبولاً بالنسبة إليه . وهكذا يقوم عقد غير مسمى ، يلتزم الموجب بمقتضاه بالإبقاء على إيجابه بالصفقة خلال المدة المحددة . ورأى فريق ثالث من الفقهاء أن الإيجاب المقترون بميجاد للقبول لا يتوله عنه التزام ناشئ عن العقد ولا عن الإرادة المنفردة ، ولكن رجوع الموجب عن إيجابه قبل فوات الميجاد الذى حدده ينطوى على فعل خاطئ . يبرمه بتدويع الضرر الذى نشأ عنه للموجب له ، وقد يرى القاضى أن غير تدويع يعكس به هو اعتبار الإيجاب قائماً لم ينقضى ، فيقوم العقد على أساسه إذا ما صادفه قبول الموجب له . وهكذا وصل هذا الرأى الثالث إلى فكرة الإبقاء على الإيجاب المقترون بميجاد طوال مدته ، على أساس استثنائية التصيرية . والرأى الثالث هو أقل الآراء نجاحاً في فرنسا ، حيث انقسم اتفق والقضاء في مجموعهما بين الرأى الأولين ، وإن كانت كفة الرأى الثانى أرجح ، بسبب عدم التسليم ، كبداً عام ، بأن للإرادة المنفردة أن تنشأ الالتزام ، نتيجة عدم وجود نص في القانون الفرنسى ينص على هذه القوة بشكل قاطع . وكذلك كان الشأن تحت ظل قانوننا الملى .

ولم تعد لهذا الجدل ، تحت ظل قانوننا الحالى ، أية قيمة عملية . والسبب في ذلك أن المادة ٩٣ منه تقطع بأن الإيجاب المقترون بميجاد المقبول يقع ملزماً . وبهذا أغنانا المشرع عن مشونة البحث في أساس لتقرير هذا الإلزام . ولم يكن هذا هو أمر قانوننا القديم ، ولا أمر القانون الفرنسى الحالى ، حيث جاءا خاليتين من نص يقرر إلزام الإيجاب في حالتهما ، فكان طبيعياً ، وإخال هذه . أن يبحث الفقهاء تحت ظلهما عن أساس لتقرير إلزامه فيما .

إيجابه طالما لم يقترن به القبول . إلا أن لهذا الإيجاب في ذاته أثراً جوهرياً هاماً . فطالما هو باق لم ينقض ، فهو يتيح للقبول أن يلحقه ، وبالتالي للعقد أن يقوم . ومن ثم كان من الأهمية البالغة أن نحدد متى يزول الإيجاب : أو متى يسقط <sup>(١)</sup> ، إن قدر له هذا المصير . لأن الإيجاب إن سقط ، وأتى القبول بعد ذلك ، فإن العقد لا يقوم ، وإنما يعتبر القبول إيجاباً جديداً موجهاً لصاحب الإيجاب الأصلي الساقط ، يقبله أو لا يقبله وفقاً ليريد .

وإذا قام الإيجاب مكتملاً وجوده القانوني ، فإنه يسقط بواحد من الأمور الآتية :

١- رجوع الموجب في إيجابه : فلموجب . كما بينا . أن يرجع في إيجابه . ما لم يكن مقرناً بميعاد للقبول <sup>(٢)</sup> . ولا يعتبر القبول مقرناً بالإيجاب إلا من الوقت الذي يتصل فيه القبول بعلم الموجب ، تطبيقاً لقاعدة أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره . إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من

---

= وبرغم انتفاء الأهمية العملية . تحت ظل قانوننا الحالي ، لبحث في أساس إلزام الإيجاب المقرن بميعاد للقبول ، فقد تعرض له فقهاؤنا . وقد انقسموا بصدده فريقين . تشجع أولهما للرأي الذي يرجع أساس الإلزام إلى الإرادة المنفردة ، قائلاً بأننا نوجد هنا أمام إحدى الحالات التي ينشأ فيها الالتزام بمقتضى الإرادة المنفردة . لوجود نص يغطيها هذه القوة ( السهوى . الوسيط ج ١ ، نبرة ٢٠٤ - عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام ، نبرة ٨٧ - جمال زكي . الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبرة ٤٣ ) . وتشجع الفريق الثاني للرأي الذي يرجع أساس الإلزام إلى فكرة العقد . والرأي الأول هو الصحيح .

(١) لن تعرض هنا لقالة التي يعدل فيها الموجب عن إيجابه ، ويتصل عدوله هذا بعلم الموجب له قبل أن يتصل بعلمه الإيجاب نفسه أو في نفس الوقت . ففي هذه الحالة ، الإيجاب لا يسقط في الحقيقة . فهو قد سقط أن يقوم الشيء ثم يزول . أما في حالتنا ، فإن الإيجاب لم يرق أصلاً . إذ أن التعبير عن الإرادة ، كما بينا أكثر من مرة ، لا ينتج أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، وإنما يتصل به بعلم من وجه إليه . أما والفرض أنه قد عدل عن الإيجاب قبل اتصاله بعلم من وجه إليه أو في نفس الوقت ، فهو يعتبر أنه لم يرق أصلاً . وما لا يقوم أصلاً لا يسقط ، لأنه لا حاجة به إلى السقوط .

(٢) ويلاحظ أن تكرار الإيجاب من الموجب يعتبر رجوعاً عن الإيجاب الأول . وفي ذلك تنص المادة ١٨٥ من المجلة بأنه : « تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني ... » .

وجه إليه . وهكذا يسوغ للموجب . كقاعدة عامة ، أن يرجع في إيجابه إلى الوقت الذى يعلم فيه بقبوله من الموجب له .

٢ - **رفض الموجب له الإيجاب** : يسقط الإيجاب بالضرورة إذا رفضه الموجب له . ويسرى هذا الحكم . سواء أكان الإيجاب ملزماً للموجب ، بسبب اقترانه بميعاد للقبول ، أم غير ملزم له . لتجرده عن هذا الميعاد . فالإيجاب يوجه إلى الموجب له . ليبت فيه برأيه . فإن رفضه . سقط ، ولو كان له ميعاد وكان الميعاد لم يتقضى بعد . حتى إذا ما عاد الموجب له بعد ذلك إلى ارتضاء الصفقة ، فإن رضاه هذا لا يعتبر قبولاً ، لأن القبول يوجه إلى إيجاب موجود ، ولم يعد هناك إيجاب ، بسبب سقوطه نتيجة رفضه السابق . ولكن رضاه الموجب له ، بعد سبق رفضه للإيجاب الذى وجه في البدء إليه ، يقع منه بمثابة إيجاب جديد .

ولرفض الإيجاب صور عديدة . فقد يأتى صريحاً . وقد يستدل عليه ضمناً : كما أن القانون قد يقرره حكماً . وإذا تم الإيجاب في مجلس العقد أو بالتليفون أو بأى طريق آخر مماثل ، أى حال كون المتعاقدين يتناقشان بشأنه مباشرة . بحيث يصل التعبير عن إرادة كل منهما للآخر بمجرد صدوره ، فإن الإيجاب يعتبر ، في أبعد الحدود . مرفوضاً حكماً . إذا انفض مجلس العقد . من غير أن يلحقه قبول ( المادة ٩٤ ) . وذلك ما لم يكن قد رفض من قبل . ويستثنى من ذلك الحالة التى يقرن فيها الإيجاب بميعاد للقبول يستمر إلى ما بعد انقضاء مجلس العقد . وإذا تم الإيجاب عن طريق المراسلة . اعتبر الإيجاب على أية حال مرفوضاً . إذا لم يلحقه القبول في الوقت المعقول الذى يبدى فيه الموجب له رأيه عادة . وذلك ما لم يتضح اقترانه بميعاد أطول للقبول . ويلاحظ أن قبول الموجب له الصفقة . بما يتضمن زيادة في الإيجاب المعروض عليه أو إنقاصاً منه أو تقييداً من إطلاقه أو تعديلاً فيه بأية صورة أخرى ، يعتبر رفضاً ضمناً للإيجاب الأصيل متضمناً لإيجاباً جديداً ( المادة ٩٦ ) .

٣ - يسقط الإيجاب إذا كان الموجب قد حدد لذاته بقائه ميعاداً ليبدى الموجب له خلاله رأيه فيه ، ثم فات هذا الميعاد من غير أن يصدر القبول . وفي هذه الحالة يزول الإيجاب كلية ، أى أنه يزول . لا على اعتبار أنه إيجاب ملزم فحسب . بل على اعتبار أنه إيجاب أصلاً . وذلك ما يتضح غيره من نية الموجب . « وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا خلال المدة المحددة . مادام قد لجأ إلى التحديد » (١) .

وإذا كان الإيجاب المقرن بميعاد يحدده الموجب ، ليبدى الموجب له رأيه فيه ، يسقط بفوات هذا الميعاد ، فإنه يكون من الأهمية بمكان أن نبين إلى أى وقت يستمر الميعاد قائماً . وقد سبق لنا أن رأينا أن تحديد الميعاد الذى يقرن به الإيجاب قد يجرى صريحاً . وقد يستخلص ضمناً من ظروف الحال . ولاصعوبة في حالة التحديد الصريح للميعاد . ولكن الصعوبة تثور في الحالة التى يتقدم فيها الموجب بإيجابه . في غير مجلس العقد . دون أن يحدد ميعاداً صريحاً للقبول . حالة تكون ظروف الحال وطبيعة المعاملة تشعر بأن الموجب أراد أن يترك وقتاً للموجب له ليبدى رأيه في إيجابه إن قبولاً أو رفضاً . فهل يظل الإيجاب هنا قائماً إلى وقت غير محدد طالما أن الموجب له لم يرفضه . أو أنه لا يبقى قائماً إلا إلى وقت معلوم . وإذا كان الأمر الأخير ، فكيف يحدد الوقت الذى يبقى خلاله الإيجاب قائماً ؟

والرأى عندنا أن الإيجاب : بحسب الأصل . لا يعطى من صاحبه منطلقاً ، أى بغير تحديد لزم . وذلك ما لم يظهر غيره من نية الموجب . وهذا الحكم

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، تمليحاً على المادة ١٣٠ منه ، التى أصبحت بعد بعض التعديلات اللفظية المادة ٩٣ من القانون مابآق : « يظل الموجب مرتبطاً بإيجابه في خلال انقضاء الميعاد للقبول . متى حدد له ميعاداً . سواء في ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير ملزم فحسب ، بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً ، إلا في خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تشبيهه مع ما يقابل في حقيقة نية الموجب .... » .

لا بدلو أن يكون تفسيراً لقصد الموجب ، في الأعم الأغلب من الحالات . فالوجوب حيناً يتقدم بعرضه ، في غير مجلس العقد ، إلى شخص يعلم أن ظروفه هو أو ظروف المعاملة نفسها تقتضي أجلاً ليبدى خلاله رأيه في عرضه يقصد بالضرورة أن يكون إيجابه محدداً بذلك الوقت لا يتجاوزه <sup>(١)</sup> . وهذا

(١) وقد أخذت بالرأي الذي نقول به محكمة النقض في حكمها الصادر في ٢ يولييه ١٩٢٤ (طن ٢٩/١٨٧ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٨٩٥ قاعدة ١٣٩ ) . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن إخوة ثلاثة تملكوا لإحدى شركات بيع الأراضي بطلب شراء قطعة أرض محددة بشئ معلوم ، دون أن يقرن طلبهم هذا ( الذي اعتبر إيجاباً منهم بالشراء ) بمبدأ صريح لصدور القبول من الشركة . أراد طالبو الشراء التمسك من الصفقة بعد هبوط أسعار الأراضي إثر صدور قانون الإصلاح الزراعي ، ففعلوا بسقوط إيجابهم قبل أن يخطروا بقبول الشركة . وقد قصت محكمة الموضوع بأنه مادام الإيجاب قد وقع في غير مجلس العقد ، ومادام هو لم يقرن بمبدأ محدد القبول ، فإنه يبقى قائماً طوال المياد الذي يتسع لعرضه على مجلس إدارة الشركة ، وإحطار الموجبين بالرأي الذي ينتهي إليه هذا المجلس . وهكذا اعتبرت محكمة الموضوع أن الإيجاب في خصوصية الدعوى ، وإن لم يذكر له مبدأ محدد صريح ، إلا أنه قد اقرن ضمناً بمبدأ غير محدد صراحة من الموجب ، فكانت هي بتحديد مستخلصة لياه من طبيعة المعاملة وظروف الحال . وهذا الذي قالته محكمة الموضوع بارتكبه بحق محكمة النقض وأيديته ، وجنات في حكمها تقول : « القاضي الموضوع ، في حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لمياد القبول ، أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب المياد الذي التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضي فيما يستخلصه من ذلك كله وفي تقديره لوقت الذي يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يفضح لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين في حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التي انتهى إليها . والمحكمة ، وهي بسبيل استخلاص المياد الذي قصد الموجب الالتزام فيه بإيجابه لها أن تنحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه . ولا تثير عليها إذا استظهرت من أفضل تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب . كما أنه لا على المحكمة ، في حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة ، أن تستدل على قصدهم المتعدد بأمر تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا القصد » .

وهذا الذي قضت به محكمتنا العليا ، في حكمها الذي انتهينا حالا من الإشارة إليه وأوردنا بعض عبارته ، والذي هو متفق تماماً مع حكم القانون ، كانت المحكمة نفسها قد تحالفت معه في حكم سبق لها أن أصدرته منذ أقل من سنة ، وهو الحكم الصادر في ١٨ إبريل ١٩٦٣ (طن ٢٨/٥٢ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٥٥٠ قاعدة ٧٨) . وتتلخص الوقائع التي صدر فيها الحكم الأخير في أن إحدى الشركات تقدمت بمطالبة لمصلحة الجمارك لاستئجار بعض مخازن داخل الدائرة الجمركية بالسويس . ولم يتضمن المطاء ميثاقاً صريحاً لصدور القبول . جاءت مصلحة الجمارك وقبلت المطاء المقدم لها بعد مدة أربعة أشهر وعشرين يوماً ، وهي مدة بالغة الطول على ما يظهر ، =



هو الذى تشير إليه المادة ٩٣ / ٢ بقولها : « وقد يستخلص الميعاد المحدد من الموجب للقبول » من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، وإذا كان هذا هو الأمر فى الأعم الأغلب من الحالات . فإنه لا يقال بعكسه : أى لا يقال بورود الإيجاب متعلقاً فى وقته ، أى إلى أن يبدى الموجب له رأيه فيه ، إلا إذا اتضح من ظروف الحال أن ذلك هو إرادة الموجب . فالذى يدعى خلاف الظاهر الغالب عليه أن يقيم الدليل على ما يدعيه . وفق ما تقتضى به القواعد العامة فى الإثبات .

وإذا وصلنا إلى أن الموجب لا يقصد . فى الحالة التى نحن بصدددها . أن يكون إيجابه متعلقاً . بل يكون محدداً بميعاد معلوم ، فإن هذا الميعاد يتحدد وفق ظروف الحال وطبيعة المعاملة . وقاضى الموضوع هو الذى يقوم بهذا التحديد . وهو إذ يفعل . لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأنه يفصل فى أمر من أمور الواقع ، ويدخل بذلك فى مطلق سلطته التقديرية : طالما استند قضاؤه إلى أسباب سائفة تحمله .

### ٦٣ - أثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب :

تكلمنا فيما سبق <sup>(١)</sup> فى أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة بوجه عام . ونريد هنا . ونحن بصدد بيان حالات سقوط الإيجاب . أن

« دفعت الشركة بعدم انعقاد العقد لصدر القبول بعد سقوط الإيجاب المقدم منها . ثم تأخذ محكمة الموضوع بدفع الشركة وقضت بقيام العقد ، تأسيساً على أن الشركة لم تكن قد عدلت من إيجابها قبل أن يصدر القبول من مصلحة الجمارك . وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع . قائلة : « وهذا الذى قرره المحكم صحيح فى القانون . ذلك أنه إذا لم يمين ميعاد للقبول لا يسقط الإيجاب إلا إذا عدل عنه الموجب . فإذا بق على إيجابه حتى صدور القبول... ثم العقد يتلاقى الإرادتين . ولا يجوز بعد ذلك الانفصال من العقد أو التحلل من آثاره » . وحكم محكمة العليا هنا أنه جازبه التوفيق . وهو يتخالف مع حكمه الصادر فى ٢ يوليه ١٩٦٤ ، والذى بدأنا نعرض فى هذه الحاشية . ذلك لأن عدم إقرار الإيجاب بميعاد للقبول لا يكون عند مجرد عدم ذكر هذا الميعاد صراحة . وإنما يلزم أيضاً للقول بذلك ألا تدل ظروف الحال على أن الموجب أراد أن يقرن إيجابه بالميعاد الذى تقتضيه تلك الظروف . وكان على محكمة الموضوع . بعد أن استدلت على عدم وجود الميعاد الصريح للإيجاب ، أن تبحث فيما إذا كان الموجب قد أراد ضمناً أن يقرن إيجابه بالميعاد الذى تقتضيه ظروف الحال وطبيعة المعاملة من عدمه . ثم فى تحديد هذا الميعاد الضمنى إن كان . أما ولم تقبل فكان حرياً بحكمها أن ينقض للقضاء فى الاستدلال .

نتبين أثر الموت أو فقد الأهلية عليه بالذات ، لتحديد ما إذا كان أى منهما يؤدى إلى سقوطه من عدمه .

ونعمة أمر أول لاصعوبة فى استخلاصه ، وهو أن الإيجاب يسقط بموت الموجب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول . ذلك لأن الإيجاب يوجه إلى الموجب له ليبدى رأيه فيه . إن قبولاً وإن رفضاً : فإذا كان الموجب له قد مات أو فقد أهليته قبل أن يبت فى الإيجاب برأيه ، فإن الإيجاب هنا لن يقدر له أن يقبل منه ، فيصبح غير ذات موضوع ، فيسقط ويذول<sup>(١)</sup> . ولا يمكن هنا أن يقال إن رخصة القبول تنتقل من الموجب له إلى ورثته ، لأن الرخص بخلاف الحقوق لا تورث<sup>(٢)</sup> .

ونعمة أمر ثان لاصعوبة فيه أيضاً ، وهو أن الإيجاب ، وإن كان يسقط كما بينا حالاً بموت الموجب له قبل أن يصدر منه القبول ، فهو لا يسقط إذا كان موت الموجب له أو فقدته الأهلية قد طرأ بعد أن يكون القبول قد صدر بالفعل منه ، حتى قبل أن يتصل بعلم الموجب . وهذا بطبيعة الحال ما لم تكن شخصية الموجب له محل اعتبار فى التعاقد . ذلك لأن التعبير عن الإرادة ، وفقاً لما يقضى به القانون المصرى . يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره منه . إعمالاً للقاعدة التى أراد أن يتبناها ، وهى أن الإرادة لا تموت بموت صاحبها . وهكذا فإذا مات القابل ، بعد صدور القبول منه . واتصل قبوله بعلم الموجب . فإن العقد يتعقد ، ويلتزم به ورثته فى حدود تركته<sup>(٣)</sup> و<sup>(٤)</sup> .

(١) والأعمال التفسيرية للقانون الذى تؤيد رأى الذى وصلنا إليه فى المتن (أنظر مناقشات لجنة المراجعة ، الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٣٢) .

(٢) والرأى القائل بسقوط الإيجاب بموت الموجب له أو فقدته الأهلية قبل صدور القبول منه هو الرأى الذى يسود فى الفقه الإسلامى . وأن خالفه الأباضية ، حيث إنهم يجوزون لورثة المرحوم أن يقبلوا الإيجاب مكانه (شرح النيل ٢٢٥/٨) .

(٣) راجع فى هذا المقام : السبوري ، الوسيط ج ١ ، فقرة ٨٢ .

(٤) وهذا الحكم هو الذى يقول به الفقه الإسلامى ، لا تأسيساً على فكرة استقلال الإرادة عن صاحبها بمجرد التعبير عنها كما يقول بها القانون المصرى ، ولكن تأسيساً على فكرة أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الفقه الإسلامى بمجرد صدوره من صاحبه ، وبدون حاجة إلى اتصائه بعلم من يوجه إليه ، خلافاً لما يقضى به القانون المصرى .

يبقى أمر ثالث ومؤداه أن يكون الموت أو فقد الأهلية قد دهم الموجب نفسه بعد أن صدر منه الإيجاب ، وقبل أن يتصل بعلمه القبول ، فهل يسقط الإيجاب هنا أو لا يسقط ؟

إذا نظرنا إلى الإيجاب في حد ذاته : وجدنا أنه لا يتأثر ، في ظل قانوننا المصرى ، بموت الموجب أو فقدته الأهلية . لأن التعبير عن الإرادة ، كما قلنا مراراً وكما تنقضى المادة ٩٢ ، يستقل عن صاحبه بمجرد صلبه منه . وحتى قبل أن يتصل بعلم من يوجه إليه . ولكن الإيجاب : من ناحية أخرى . ليس في ذاته غاية ، وإنما هو وسيلة لقيام العقد ، إذا قدر له أن يلقى القبول . وهو : في الحالة التي نحن بصدددها ، لن يلقى قبولاً من الناحية القانونية . ذلك لأن ارتضاء الموجب له الإيجاب لا يعتبر بمجرد ذاته قبولاً إياه . تحت ظل قانوننا المصرى ، وإنما يلزم لذلك أن يتصل بعلم الموجب . وهذا الانصاف لن يحدث هنا بسبب مالحق الموجب من موت أو فقد للأهلية (١) . وهكذا . فإن كان الإيجاب : منظوراً إليه في حد ذاته . لا يمس بموت الموجب أو فقدته الأهلية ، إلا أنه لن يكون له مع ذلك أثر في هذه الحالة . لأنه يتمثل إيجاباً استعصى عليه أن يلقى القبول ، فكأنه يسقط هنا وإن كان بطريق غير مباشر (٢) . وقد رأى البعض أن الإيجاب في حالتنا لا يسقط إذا كان ملزماً للموجب بسبب إقراره بمبدأ محدد للقبول ، بمقولة إن الموجب هنا يتحمل بالتزام بالإبقاء على إيجابه قائماً ، وأن هذا الالتزام يتحمل به ورثته

---

(١) انظر في ذلك : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٨٢ - أحمد حشمت أبو ستيت . نظرية الالتزام في القانون المدنى الجديد ، نبذة ٨٤ - جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، نبذة ٤٠ .

(٢) ولا يقبل هنا أن يقال ، كما ذهب البعض ( راجع : سليمان مرقس . الالتزامات . نبذة ٨١ - عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٧٩ ) إن ورقة الموجب يحلون محلها في العلم بالقبول . ذلك لأن المادة ٨٢ تنقضى بأن التصير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذى يتصل فيه بعلم من يوجه إليه . ومؤدى ذلك أن يكون المقصود هو علم من يوجه إليه التصير شخصياً . ثم إن العلم بالقبول ، شأنه في ذلك شأن العلم بأى مدلول آخر للتصير عن الإرادة ، هو مجرد واقعة مادية ، والوقائع لا يمكن لها أن توارث .

بعد موته <sup>(١)</sup> . وهذا الرأي يبدو لنا غير سديد . ذلك لأن انعدام أثر الإيجاب في حالتنا لا يرجع إليه نفسه ، كما أنه لا يرجع إلى إخلال من الموجب أو من ورثته . وإنما هو يرجع إلى أمر آخر ، هو استحالة أن يلحقه القبول قانوناً .  
والسائد في الفقه الإسلامي أن الإيجاب يسقط بموت الموجب قبل أن يصلر القبول <sup>(٢)</sup> .

### (ب) القبول

٦٤ - تكلمنا فيما سبق في الإيجاب . والإيجاب وحده لا يكفي لتكوين العقد . فللإيجاب جانب . يلزم أن يتوافر القبول . إذ بهذا يمكن أن يحصل التوافق بين الإرادتين ، الذي هو قوام العقد .

والقبول هو ارتضاء الإيجاب من وجه إليه . بيد أنه يلزم ، لاعتبار إرادة من وجهه إليه الإيجاب متضمنة قبولاً لإياه ، أن تحجب ، فيما ارتضته مطابقة له تماماً . وذلك في كل المسائل التي تناولها الإيجاب : دون تفرقة في هذا الصدد بين ما يعتبر من المسائل الجوهرية ، وما يعتبر من المسائل التفصيلية الثانوية . فإدام الموجب قد عرض في إيجابه لأمر معين ، حتى لو كان من بينها ما هو ثانوي . فإن القبول لا يقع . إلا إذا تناول الرضاء هذه الأمور جميعها . دون تفرقة . فإن وقع خلاف بين الإيجاب وبين ما قصده الموجب له . أباً ما كان مداه أو موضوعه . ما اعتبرت إرادة هذا الأخير متضمنة قبولاً للإيجاب الذي وجهه إليه ، بل على النقيض من ذلك . تعتبر رفضاً لهذا الإيجاب متضمنة إيجاباً جديداً . وفي ذلك تقضي المادة ٩٦ مدني بأنه :  
« إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده منه أو يعدل فيه . اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » .

(١) راجع : عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق فقرة ٧٩ - عبد المحي حجازي ، فقرة ٢٢٢ .  
(٢) وهذا هو مذهب الحنفية (رد مختار لابن عابدين ٢٩/٤) والشافعية (مغني المحتاج ٦/٢) . والخاتبة (المغني لابن قدامة ٤٨٢/٣) ، والشيعة والجبغرية (فقه الإمام جعفر ٤٤/٧) . وهذه المذاهب تقم سقوط الإيجاب بموت الموجب أو يفقد أهليته على أساس خيار الموجب في الرجوع فيه ، اعتباراً بأنه يصدر عنه إعمال هذا الخيار .

فأساس القبول هو مطابقتها للإيجاب تمام المطابقة ، وذلك في كل الأمور التي يتناولها . وذلك حتى لو كان من بين هذه الأمور ماهو ثانوى . فإن وقع في شيء من ذلك كله خلاف بين الإيجاب وبين إرادة الموجب له ، بأن زادت فيه أو أنقصت منه أو قيدت من إطلاقه أو عدلت فيه بأية طريقة كانت . فإن تلك الإرادة لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب السابق : بل إنها تعتبر رفضاً له متضمنة لإيجاباً جديداً <sup>(١)</sup> . فإذا أوجب زيد ، مثلاً ، أن يشتري من بكر جواده بألف ، فارتضى هذا الأخير أن يبيعه إياه بألف ومائتين . فإن إرادة بكر لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب الصادر من زيد . بل تعتبر رفضاً له . بيد أن إرادة بكر هنا ، وإن اعتبرت رفضاً للإيجاب الصادر من زيد بالشراء بألف ، فإنها تتضمن في نفس الوقت إيجاباً جديداً موجهاً إلى زيد بالبيع له بألف ومائتين . فإذا قبل زيد الشراء بهذا القدر : انعقد البيع على أصله . وإذا أوجب خالد أن يبيع منزله لعمرى بمائة ألف ، فارتضى هذا الأخير الشراء بتسعين ألفاً . فإن إرادة عمرى لا تعتبر متضمنة قبولاً للإيجاب خالد ،

(١) أنظر نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٨ ، ملن ٢٤/١٨٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٩ ص ٧٤١ قاعدة ٩٦ . وقد جاء في هذا الحكم : « كان الرأي مستقراً إلى ما قبل العمل بالقانون المدني الجديد على أن كل قبول ينطوي على ما يمدد في الإيجاب يكون بمثابة إيجاب جديد . وهو ما أقره المشرع في المادة ٩٦ من القانون المذكور . وإذن ففي كل قبول الشركة المعلنون عليها . وقد اقرن بشرط جديد ، يتضمنه إيجاب الشركة الطاعة ، فإنه يعتبر رفضاً لهذا الإيجاب ولا يتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما ... » .

وانظر نقض ٢ مايو ١٩٦٣ ، ملن ٢٨/١٤٢ ق ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٦٥٣ قاعدة ٩٣ . وقد جاء في هذا الحكم : « يشترط قانوناً لانتقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب . فإذا جاء القبول بما يمدد في الإيجاب ، فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد ، وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينقذ به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر . فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت في حدود سلطاتها التقديرية وللأسباب السالفة التي أوردتها إن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية في التعاقد الذي كان يراد إبرامه ... ورثت على عدم مطابقة القبول للإيجاب أن العقد لم ينقذ أصلاً بين الطرفين ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون » .

وانظر أيضاً نقض ٩ نوفمبر ١٩٦٥ ، ملن ٣٠/٣٥٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٣٨٦ قاعدة ١٥٥ . وقد جاء في هذا الحكم : « يجب تمام الاتفاق وانتقاده أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب . أما إذا اختلفت عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ... » .

بل رفضاً له . وهي في نفس الوقت تتضمن إيجاباً جديداً موجهاً إلى خالد بالشراء منه بتسعين ألفاً . فإن قبل خالد البيع بهذا المبلغ الأخير ، قام البيع به . وإذا أوجب صالح أن يبيع لإبراهيم سيارته بخمسمائة تدفع فوراً ، فارتضى هذا الأخير الشراء بهذا المبلغ . على أن يؤجل دفع جزء منه قل أو أكثر ، فإن رضاه هذا لا يعتبر قبولاً للإيجاب صالح . بل رفضاً إياه متضمناً إيجاباً جديداً موجهاً إلى صالح ، بشراء السيارة منه على أساس إرجاء دفع الجزء الذي حددته من الخن . فإن قبل صالح هذا الإيجاب قام البيع على أساسه <sup>(١)</sup> .

وبيان ما إذا كان القبول مطابقاً للإيجاب من عدمه مسألة واقع . ويدخل

(١) وهناك ، في العمل ، فروض جديدة يصدق فيها الحكم . ونعني بها تلك التي نجى فيها إرادة القابل بما هو أكثر نفعاً للسوجب مما أوجب به . كما إذا أوجب زيد البيع بألف ، فقال خالد اشتريت بألفين ، أو بدأ خالد الكلام قائلاً اشتريت بألفين ، فرد عليه زيد قائلاً « بعت بألف » . والرأي السائد في الفقه اخفى أنه إذا أوجب البائع بأن يبيع بشئ محدد ، ثم جاء المشتري فقل الصلقة بشئ يزيد ، انعقد البيع بالمبلغ الأقل ( أي بالألف في مثال زيد وخالد الذي ضربناه أولاً ) ، ما لم يتضح أن البائع قد قبل الزيادة التي عرضها المشتري . أما إذا جاء الإيجاب من المشتري ، ثم تبعه القبول من البائع متضمناً شيئاً أقل ، انعقد الشراء بالثمن الأقل بدون اعتبار لزيادة المشتري ( انظر في هذه المسألة ، الفتاوى الخانية ج ٣ ص ١٢٧ - الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٧ ) .

وقد تبنت المحلة هذا الحكم صراحة في المادة ١٧٨ ، التي جاءت تقول : « تكفي موافقة القبول للإيجاب ضمناً . فلو قال البائع للمشتري يمتلك هذا المال بألف قرش ، وقال المشتري اشتريت منك بألف وخمسمائة قرش ، انعقد البيع على الألف . إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة في المجلس ، يلزم المشتري حينئذ أن يعطيه الخمسمائة قرش التي زادها أيضاً . وكذلك لو قال المشتري للبائع اشتريت منك هذا الماكز بألف قرش ، فقال البائع بعتك بها بمائة قرش ، انعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف » .

وإذا أردنا أن نتعرف على حكم المسألة التي نحن بصدد حلها في ظل القانون المعاصر عامة وفي ظل القانون المصري خاصة ، رأينا أن المسألة منطها دوماً وجوب التطابق التام بين الإيجاب والقبول ، على نحو ما يبين من ظروف الحال . فإذا أوجب ، مثلاً ، زيد البيع بألف . فقبل بكر أن يشتري بألفين ، فإن الحال لا يخرج عن أحد فرضين : فإما أن يكون بكر قابلاً للإيجاب ( البيع بألف ) ، ولم يرد بالزيادة إلا تأكيده قصده ، فهنا يقوم البيع على الألف ، اعتباراً بأن بكر قد قبل الإيجاب بألف ، فقام التطابق بين الإيجاب والقبول . وإما أن يكون قاصداً ألا يشتري إلا بألفين ، وهنا يعتبر رده رفضاً للإيجاب فلا يقوم البيع بالألف . ولكن هذا الرد من بكر يتضمن إيجاباً جديداً بالشراء بألفين . فإن قبله زيد ، تم البيع بالألفين .

بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، من غير معقب عليه فى شأنه لشككة  
النقض ، مادام تقديره يقوم على أسباب سائفة تحمله <sup>(١)</sup> .

#### ٦٥ - خيار قبول الإيجاب أو رفضه :

رأينا أن قبول الإيجاب ضرورى لقيام العقد . ولمن يوجه إليه الإيجاب  
كامل الحرية فى أن يقبله أو يرفضه ، دون ما للزام عليه فى هذا أو فى ذلك .  
فالأمر ، فى الأصل ، أمره ومتروك لتقديره <sup>(٢)</sup> .

#### ٦٦ - إلى متى يصح صدور القبول :

يسوغ لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبله فى أى وقت ، بشرط أن يتصل  
قبوله بعلم الموجب حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط . فإذا سقط الإيجاب ،  
لأى سبب من الأسباب التى بينها فيما سبق <sup>(٣)</sup> . قبل حصول القبول . وبمعنى  
أدق . قبل وصول القبول إلى علم الموجب . وقع هذا القبول غير  
ذى موضوع ، لأنه لا يصادف قبولاً قائماً . ومن ثم لا ينعقد العقد .

على أن الرضاء الذى يصدر من الموجب له ، بعد أن يكون الإيجاب  
قد سقط . وإن لم يعتبر قبولاً لهذا الإيجاب الساقط . إلا أنه يعتبر من صاحبه

---

(١) راجع : نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٨ ونقض ٢ مايو ١٩٦٢ . وقد سبقَت الإشارة  
إليهما .

(٢) فالأصل أن رفض الموجب له الإيجاب لا يشغل مسئوليته بشئ ما . لأنه يعتبر فى ذلك  
مستعملاً رخصة ثابتة له . ومن يستعمل رخصة خولها إياه القانون لا يخطئه . بيد أنه ، فى بعض  
الأحيان ، يعتبر الموجب له خارجاً عن الرخصة الممنوحة إياه فى قبول الإيجاب أو رفضه ، أو فى  
الأقل متصفاً فى استعمالها ، إذا رفض الإيجاب من غير أن يكون له مبرر معقول يدعو إليه .  
ويقع هذا الأمر ، إذا كان الإيجاب قد قدم إلى الموجب له ، بناء على دعوة سابقة منه ، استحث بها  
الموجب على أن يتقدم له بقبوله . وهنا يعتبر رفض الإيجاب خطأً ، من شأنه أن يشغل مسئوليته  
الموجب له التقديرية . تأسيساً على أنه ارتكب عملاً غير مشروع ( راجع ما سبق . نبرة ٥٩  
وهامش (١) الوارد فى ص ١٢٦ ) . ويلاحظ أن القانون اللبنانى قد صرح بهذا الحكم ( المادة  
١٨١ ) . من غير أن يكون ثمة مقتضى فى الحقيقة لتقنيته ، وهذا مظهر من مظاهر التزعة الفقهية  
التي جاء قانون الموجبات والمقود اللبنانى متصفاً بها .

(٣) راجع ما قلناه فى شأن سقوط الإيجاب ، نبرة ٦٢ و ٦٣ .

بمثابة إيجاب جديد موجه للموجب الأصلي . فإن قبله هذا الأخير ، قام العقد . ومثال هذه الحالة أن يوجب زيد بأن يبيع بيته لبكر بمائة ألف جنيه ، ويحدد له مدة أسبوع لصدور قبوله . ثم يمضي الأسبوع . وبعد ذلك يعلن بكر لزيد رضاه بالشراء . هنا يعتبر إيجاب زيد قد سقط لقوات الميعاد المحدد ، دون صدور القبول خلاله . فضاء بكر بالشراء لا يعتبر قبولاً يتم به البيع ، لأنه لم يصادف إيجاباً قائماً ، أى أنه جاء غير ذى موضوع . ولكن هذا الرضاء من بكر ، وإن لم يعتبر قبولاً للإيجاب السابق صدوره من زيد ، إلا أنه ينطوى بدوره على إيجاب جديد بالشراء . فلذا جاء زيد وقبل هذا الإيجاب من جديد ، انعقد البيع .

ويلاحظ . كما سبق لنا أن بينا (١) ، أن القبول لا يسقط بموت القابل أو بفقد أهليته ، حتى إذا طرأ قبل أن يتصل بعلم الموجب . ولكنه يسقط بالضرورة إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يتصل بعلمه ، اعتباراً بأنه لن يعتبر هنا قبولاً من الناحية القانونية ..

### (ج) ارتباط القبول بالإيجاب

٦٧ - لا يمكن ، لحصول التوافق بين الإرادتين الذى هو قوام العقد ، أن يتوافر هناك إيجاب وقبول . بل لابد لـهذين من أن يرتبط أحدهما بالآخر . وهذا لا يكون ، إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب ، حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط . فإذا كان الإيجاب قد سقط ، لسبب أو لآخر ، عند صدور القبول . أوحى لو كان الإيجاب قائماً عندئذ ، ولكنه سقط قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب ، فإنه لا يحصل ارتباط القبول بالإيجاب ، ومن ثم لا يقوم العقد . إذ أن القبول هنا لا يصادف محلاً ، بسبب زوال الإيجاب قبل أن يتوافر له هو وجوده القانونى .

ويحصل ارتباط الإيجاب بالقبول فى العمل على إحدى صور ثلاث : فهو إما أن يحصل فى مجلس العقد ، وإما أن يحصل عن طريق المراسلة

(١) راجع ما سبق ، نوبة ٦٣ :



أو مافى حكمها ، وإما أن يحصل عن طريق الهاتف أو ما بما يشابهه . وتتناول كلام من هذه الصور فيما يلي :

٦٨- (أ) ارتباط الإيجاب بالقبول في مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين :

الصورة الأولى ، وهى الغالبة فى العمل ، أن يحصل توافق الإرادتين ، المتخيل في ارتباط الإيجاب بالقبول ، في مجلس العقد ، وهذا هو التعاقد بين الحاضرين .

٦٩- المقصود بفكرة مجلس العقد في الفقه الإسلامى وفى القانون المصرى : مجلس العقد اصطلاح شرعى . قال به الفقه الإسلامى ، وأخذ به قانوننا المدنى المصرى <sup>(١)</sup> . وهو يعنى اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان . بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة . حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل . وهو يبدأ بتقديم الإيجاب . أما انتهاءه . فيقع بأحد الأمرين الآتين : (١) الرد على الإيجاب ممن وجه إليه ، إن قبولاً فيعتقد العقد ، وإن رفضاً فيزول الإيجاب . (٢) انقضاء المجلس من غير رد على الإيجاب ، حيث يعتبر الإيجاب هنا مرفوضاً حكماً .

وينقض مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد العاقدين أو كليهما . ولكنه يعتبر منفضاً كذلك ، ولو لم يرح العاقدان المكان . إذ شغلها أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل .

ويقوم مجلس العقد ، فى الفقه الإسلامى ، على وحدة المكان ووحدة الزمان . ومؤدى ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول فى نفس المكان ، وفى نفس الجلسة .

---

(١) ومن خلال القانون المدنى المصرى أخذت كل قوانيننا الربية الأخرى التى استوحى بفكرة مجلس العقد ، كالقانون السورى ( المادة ٩٥ ) ، والقانون الليبى ( المادة ٩٤ ) ، والقانون المدنى الكويتى ( المادة ٤٦ ) ، والقانون المدنى العراقى ( المادة ٨٢ ) .

ومجلس العقد أمر أساسي في الفقه الإسلامي . إذ يلزم أن يحجى الإيجاب والقبول فيه . وهو ما يسمى بوحدة المجلس .

ووحدة المجلس ، في جميع مذاهب السنة ، على الأقل ، شرط لانعقاد العقد . بمعنى أن العقد لا ينعقد ، إلا إذا حصل كل من الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فلو أن شخصاً أوجب ، مثلاً بيع داره لآخر . حالة كونه غير موجود معه . ثم علم هذا الآخر بعرض البائع فقبله ، ما انعقد البيع ، طالما أن علم المشتري بالإيجاب بالبيع قد تم عن غير طريق تبليغه به بواسطة رسول أو فده له البائع أو كتاب بحث به إليه (١) .

وضرورة انعقاد العقد في مجلس العقد . على نحو ما يقول به الفقه الإسلامي فكرة لا غبار عليها في ذاتها . بل إنها تستهدف غاية مفيدة ، وهي ضمان توافق الإيجاب والقبول على نحو لا يثير الشك والاضطراب . فالغالب في التعبير عن الإرادة . في عهد الشريعة الإسلامية الأول ، أنه كان يحصل بالمشاهدة . وقد يخشى أن يثور الشك حول مدلول الألفاظ والعبارات التي يدل بها المتعاقدان ، وبالتالي حول مدى تطابق الإيجاب والقبول بينهما . لو تباعد أحدهما عن الآخر ، في الزمان والمكان . ولعل هذا هو السبب الذي حدا بالفقه الإسلامي إلى أن يقول بفكرة « مجلس العقد » . وأن يشترط وحدة المجلس لانعقاد العقد (٢) .

(١) أما إذا حصل تبليغ المشتري بإيجاب البائع عن طريق رسول أو فده هذا إليه أو رسالة بحث بها ثم قبله ، فإن الحكم يختلف ، إذ أن البيع هنا ينعقد ، اعتباراً من فقهاء المسلمين بقيام مجلس عقد حكى يبدأ بتبليغ الرسالة من الرسول أو بقراءة الكتاب الذي يتضمنها .

(٢) انظر في هذا المعنى Linant de Bellefonds في مؤلفه القيم *Traité de Droit Musulmean Comparé* نبذة ١٦٨ . وقد أجرى المؤلف الفقيه مقارنة ، في هذا الصدد ، بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني . ورأى أن الشريعتين متفقتان في وجوب أن يتم العقد في نفس المكان وفي نفس الجلسة . إلا أن هذا الوضع اقتضى . في ظل القانون الروماني تمسكاً مع الشكنية التي كانت تسود . حيث كان يلزم اتباع شكل خاص في انعقاد العقد . أما في الشريعة الإسلامية ، فلا مجال فيها للشككية إلا في حدود بالغة الضيق . ويسوغ فيها إبرام العقد بأي طريق ، ولو بمجرد تبادل الألفاظ والعبارات . ولكن خشية وقوع الخطأ في مدلول العبارات والألفاظ اقتضت وحدة المجلس . وهكذا يخلص المؤلف إلى أن وحدة المجلس اقتضاها . في القانون الروماني ، الإفراط في الشككية ، في حين أنها ، في الشريعة الإسلامية ، وجدت لتواجه الإفراط في الرضاية .

يبد أن بعض فقهاء المسلمين، وعلى الأخص الحنفية منهم، تهادوا في إرساء فكرة مجلس العقد على وحدة المكان والزمان، على نحو لا يتخلو من الإسراف والشطط. ولا يمكن أن يكون منسقا مع الروح السمحة للشرعة الإسلامية ولا مع الأصل الأساسي العريق الذي يسودها، وهو مبدأ الرضائية في إبرام العقود<sup>(١)</sup>، والتحرر من الأشكال البالية التي كانت معهودة في غيرها من شرائع الأمم. فقد وصل فقهاء الحنفية إلى القول بأن أي تغيير في موقف العاقدين أو في مكان وجودهما، ولو كان يسيراً، ينهي مجلس العقد. وبحول بالتالي دون انعقاد العقد. فلو أن الإيجاب قد صدر، مثلا، حالة كون المتعاقدين جالسين، فوقف الموجب له وقال: «قبلت»، فإن العقد لا ينعقد<sup>(٢)</sup>، لصدر القبول بعد انقضاء المجلس. وجاء في بدائع الصنائع للكاساني أنه إذا تباع رجلان وهما مشيان، أو متطيان دابتين، أو حتى دابة واحدة، ولم يأت الإيجاب والقبول منهما متصلين، بأن كان بينهما فاصل وإن قل، فإن العقد لا ينعقد، اعتباراً بأن وحدة المكان قد زالت. ولا انفصال الإيجاب عن القبول في المكان<sup>(٣)</sup>. ولا شك أن هذا إغراق في تصوير مجلس العقد وحدة مكانية، كما يقول بحق الأستاذ الفذ السهوري<sup>(٤)</sup>.

وهناك مذاهب أخرى في الفقه الإسلامي. وعلى الأخص المذهب الحنبلي والمذهب المالكي. جاءت بعيدة عن الإغراق في الشكلية والإسراف في أعمال وحدة المكان، فرأت أن مجلس العقد يبق متعقداً، حتى ينقض بالمفارقة الجسدية: أو بأي قول أو فعل يقوم مقامها، وفقاً لما تعارف عليه الناس.

(١) انظر في هذا المعنى أساذنا السهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٢ ص ٧.

(٢) راجع بدائع الصنائع، ج ٥ ص ١٣٦ - فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ وما بعده.

وانظر أيضاً الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٢٧.

(٣) والسبب في الأمر أن صاحب البدائع يستلزم فيقول: «ولو تباعا وهما في سفينة ينعقد، سواء كانت واقفة أو جارية، عرج الشطران (يقصد الإيجاب والقبول) متصلين أو منفصلين بخلاف المشي على الأرض والسير على الدابة، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بلجرائته...».

(٤) انظر: السهوري، المرجع السابق ج ٢ ص ٩.

وقد أخذت « المحلة » بفكرة مجلس العقد ، وتكلمت عنه في باب البيع ، وأسماه « مجلس البيع » ، وذلك في المادة ١٨١ منها ، التي جاءت تقول : « مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع » . ويبدو لنا أن « المحلة » لم تنشأ أن تميز الفقه الحنفى التقليدى في تزمته بالنسبة إلى وحدة المكان . فالمهم عندها هو انصراف المتعاقدين ، في اجتماعهما ، إلى التعاقد ، من غير أن يشغلهما عنه شاغل . أما وحدة المكان ، بالشكل المترتبة المسرف الذى يقول به الحنفيون التقليديون ، فليست لازمة .

وكما هو الحال تماماً في الفقه الإسلامى التقليدى ، تجعل « المحلة » من وحدة المجلس ، أى من ضرورة حصول توافق الإيجاب والقبول في مجلس العقد ، شرطاً لانعقاد العقد <sup>(١)</sup> .

وقد أخذ قانوننا المصرى بفكرة مجلس العقد . بيد أن مدلول « مجلس العقد » ، تحت ظله ، لا يعنى أكثر من اجتماع العاقدين ، حال كونهما منصرفين إلى التعاقد ، لا يشغلهما عنه شاغل . وبشرط أن يكون اتصال أحدهما بالآخر مباشراً ، أى أن يتم بغير طريق رسول ، وسيان بعد ذلك أن يكون وضعهما على نحو أو على آخر .

وإذا كان قانوننا المصرى قد أخذ بفكرة « مجلس العقد » . إلا أنه لا يأخذ بها إلا من حيث إن الإيجاب يستمر قائماً في أبعد حدوده طوال قيام المجلس ، وإن كان لصاحبه أن يرجع عنه طالما بقي إيجاباً . ومن حيث إنه يسوغ للقبول أن يصدر في أى وقت طوال انعقاد المجلس . بشرط أن يظل الإيجاب قائماً حينئذ . فهو لا يذهب إلى أبعد من ذلك . وعلى الأخص . هو لا يجعل من وحدة

---

(١) ولم تصرح « المحلة » بما يفيد أن وحدة المجلس شرط لانعقاد للعقد ، في الباب المخصص لعقد البيع ، وهو الباب الذى جرت عادتها أن تذكر فيه أكثر الأحكام العامة التي تخص البيع وتخص غيره من العقود . ولكنها صرحت بذلك في باب الإيجاب . حيث جاءت المادة ٤٤٥ تقضى بأنه : « يشترط موافقة الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد في الإيجاب كما في البيوع » .

المجلس شرطاً لانعقاد العقد<sup>(١)</sup> ، كما يقول بذلك الفقه الإسلامي وتقضى به المحلة . وآية ذلك أنه ، إلى جانب أنه يبيح التعاقد بالمراسلة ( المادة ٩٧ ) ، وعن طريق الهاتف أو التليفون ( المادة ٩٤ ) ، فهو يجيز ، في حالة الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ، حتى لو قدم خلال قيام مجلس العقد ، أن يترأخى صدور القبول إلى حلول هذا الميعاد ( المادة ٩٤ ) .

#### ٧٠ - كيف يتم التعاقد في مجلس العقد :

حددنا ، فيما سبق ، المقصود باصطلاح « مجلس العقد » . وعلينا الآن أن نوضح كيف يتم التعاقد في مجلس العقد .

يبدأ مجلس العقد بتقديم الإيجاب . كما أسلفنا . وإذا قدم الإيجاب : نهض صالحاً لأن يقترن به القبول . ولكن إلى أي وقت يسمح للإيجاب أن يربص القبول ؟ وبعبارة أخرى ، إلى متى يسوغ للقبول أن يصدر ؟

في الفقه الإسلامي . نزعتان مختلفتان . فالشافعية يقولون بالفور<sup>(٢)</sup> ، بمعنى وجوب أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب . وإلا اعتبر هذا الإيجاب مرفوضاً . وأما النزعة الثانية ، وهي النزعة السائدة في الفقه الإسلامي

---

(١) ويلاحظ أنه قد وردت في مذكرة المشروع التمهيدى تعليقاً على المادة ١٣١ من التي أصبحت بذات صيغتها تقريباً المادة ٩٤ من القانون ؛ يلاحظ أنه قد وردت في تلك المذكرة عبارة من شأنها أن تثير الالبس . فبعد أن أوردت المذكرة أن المشروع آثر أن يأخذ بمذهب الحنفية القائل بعدم ضرورة فورية القبول ، وأن هذا القبول يمكن له أن يترأخى إلى ما قبل انقضاء مجلس العقد ، ما لم يكن الموجب قد رجع عن إيجابه قبل ذلك ؛ بعد أن أوردت المذكرة ما سلف ، جاءت تقول : « وقد روى من المفيد أن يأخذ المشروع في هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد » . فعبارة « اتحاد مجلس العقد » التي أوردتها المذكرة قد تثير في ذهن فكرة « وحدة مجلس العقد » . التي هي في كل مذاهب السنة ، حتى من قال أنها بفورية القبول ، كالشافعية والمالكية ، شرط لازم لانقضاء العقد وفي الأقل لصحته . وليس ذلك وارداً على الإطلاق في قانوننا المصري . ومن حسن الحظ أن المذكرة الإيضاحية قد تحفظت في عبارتها القائلة بأن المشروع قد أخذ بنظرية الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد ، مقيداً هذا الحكم بعبارة « في هذه الحدود » ، أي في حدود عدم ضرورة الفورية في القبول .

(٢) جاء في بدائع الصنائع للكاساني ( وهو من أمهات الفقه الحنفي ) ما يأتي « وعند الشافعي رحمه الله الفور . . . شرط لا ينقذ الركن بكونه » .

ويقول بها : على الأخص . الحنفية (١) : فؤداها أن الفور غير لازم . وأن الإيجاب ، طالما أن صاحبه لم يرجع عنه . يبقى إلى آخر مجلس العقد ، وأن القبول يصبح أن يلحقه إلى هذا الوقت . مع ملاحظة أن مجلس العقد لا ينتقض ، كما سبق لنا أن بينا . بالمفارقة الجسدية فحسب . بل أيضاً بكل ما يشغل العاقدين عن التعاقد بشاغل .

وقد جاءت صياغة المادة ٩٤ مغرقة في العيب . فظاهر النص يخلط بين الترتين الفورية والمستعرة إلى انقضاء مجلس العقد . فتلك المادة تقضى بأنه : « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد . دون أن يعين ميعاد القبول . فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً . وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل . ٢ - ومع ذلك يتم العقد . ولو لم يصدر القبول فوراً . إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن يقضى مجلس العقد » . والفقرتان السابقتان تبدوان في ظاهرهما متعارضتين . فؤدى الفقرة الأولى . لو أخذت بحرفيتها . أن الإيجاب يسقط إذا لم يصدر القبول فوراً ، في حين أن مؤدى الفقرة الثانية أن الإيجاب يبقى قائماً إلى آخر المجلس ما لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عنه . ولا بد من تفسير الفقرتين على نحو يرفع التناقض بينهما . وخير سبيل نراه لذلك أن نعتبر الفقرة الثانية مرسية للأساس . وهو أن الفورية ليست ضرورية ، وأن الإيجاب يبقى متربصاً بالقبول إلى انقضاء مجلس العقد . ما لم يثبت أن صاحبه قد رجع عنه . أما الفقرة الأولى . فتفسر على أن المشرع يضع بها قرينة على أن الموجب قد رجع في إيجابه إذا لم يصادفه القبول فوراً . وهى قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات أن هذا الرجوع

(١) وقد أخذت « المجلة » بهذه النزعة الأخيرة ، فأجازت أن يأتى القبول في أى وقت إلى نهاية مجلس العقد . وفى ذلك تقضى المادة ١٨١ بأنه « المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس حلاً لو أوجب أحده المتبايعين البيع في مجلس البيع بأن قال بعت هذا المال أو اشتريت ، ولم يقل الآخر على الفور اشتريت أو بعت ، بل قال ذلك مراعياً قبل انتهاء المجلس ، ينعقد البيع وإن ظالت المدة » .

لم يقع . وهذا التفسير يمكن له أن يتمشى مع عبارة الفقرة الثانية التي تقول ما مؤداه أن الإيجاب يبقى قائماً إلى آخر المجلس « إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول » .

وواضح من نص المادة ٩٤ أنها تمنح الخيار للعاقدين كليهما . ولكنه خيار متغاير بالنسبة إلى موضوعه . فهي تمنح للموجب خيار الرجوع في إيجابه . طالما أن القبول لم يلحقه . وتمنح للموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه . وهو مايسمى خيار القبول . وهذا الخيار وذلك يتحددان بانفراض مجلس العقد .

#### ٧١ - (ب) التعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين :

تمة صورة جد شائعة في التعاقد . لاسيما في المعاملات التجارية . وهي من بعد صورة يزداد شيوعها يوماً بعد يوم . على أثر ازدهار التجارة وتقدم العلم وتكنولوجيا العصر . وهذه هي صورة التعاقد بالمراسلة . سواء أتم عن طريق إيصال رسول يبلغ الرسالة من هذا الطرف لذلك . أو تم بالكتابة عن طريق البريد . أو عن طريق البرق أو التلكرس أو مايشبههما من وسائل الاتصال الأخرى . وسمية هذا التعاقد أنه يتم بين غائبين . دون أن يسمع أحدهما الآخر فور أداء عبارته . الأمر الذي يتطلب بالضرورة فوات فترة من الزمن ، تطول أم تقصر . بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الآخر .

والتعاقد بالمراسلة يثير مسألتين بالغى الأهمية . تتمثل أولاهما في تحديد وقت قيام الإيجاب بالعقد ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه قائماً وكيف يتم للعقد قيامه . وتتمثل المسألة الثانية في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الذي يتم بالمراسلة . وسوف نعرض لهاتين المسألتين على التوالى . وذلك فيما يلى :

٧٢ - قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه في التعاقد بالمراسلة :

أول مسألة يمكن للتعاقد بالمراسلة أن يثيرها ، بل لعلها أهم مايمكن له

أن يثبته من مسائل ، تتمثل في تحديد وقت قيام الإيجاب ، ومدى التزام صاحبه بالإبقاء عليه متربصاً القبول .

وقد جرت العادة في أغلب قوانين الدول المختلفة ، عربية كانت أم أجنبية على إغفال التعرض بطريق مباشر لحكم هذه المسألة : على جليل خطرها وأهميتها القصوى . وقد سار قانوننا المصرى في هذا الاتجاه ، فلم يتضمن نصاً يصرح بالحكم الذى ينظم الموضوع الذى نحن بصددده <sup>(١)</sup> ، مكتفياً بنص المادة ٥٧ ، التى عرضت لبيان حكم التعاقد بين الغائبين من حيث تحديد زمان ومكان انعقاد العقد .

بيد أنه إذا كان مشرعنا لم يعرض للتعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين الغائبين ، من حيث قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه وكيفية قيام العقد ، فإن حكم هذه الأمور كلها لا يستعصى تحت ظله . إذ أنه يمكن الوصول إلى هذا الحكم فى سر واطمئنان عن طريق إعمال المادة ٩١ المتعلقة بأثر التعبير عن الإرادة ، والمادة ٩٣ الخاصة بالإيجاب الذى يصير ملزماً للموجب نتيجة إقراره بميعاد محدد للقبول .

ومؤدى هاتين المادتين أن العرض الذى يبعث به الراسل لا يرتقى إلى مرتبة الإيجاب ، إلا بعد علم المرسل إليه به ، مع ملاحظة أن وصول العرض إلى المرسل إليه يقوم قرينة على علم هذا به ، ما لم يعم الدليل على العكس ( المادة ٩١ ) . على أنه يلاحظ : إعمالاً لحكم المادة ٩١ : أن العرض لا يعتبر إيجاباً البتة برغم وصوله إلى الموجب له بل وعلمه به . إذا كان قد وصل إليه عدول عنه من الموجب قبل وصوله هو : أو فى ذات وقت وصوله <sup>(٢)</sup> .

فإن وصل العرض إلى الموجب له ، من غير أن يستطيع هذا إثبات عدم

---

(١) تضمن المشروع التمهيدى نصاً يصرح بحكم التزام المرسل إليه بإيجابه ومداه الزمنى ، وهذا هو نص المادة ١٣٢ منه التى جاءت تقضى بأنه : « إذا صدر الإيجاب لغائب دون أن يحدد ميعاداً للقبول ، فإن الموجب يبقى ملزماً إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد . وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر » .

(٢) راجع سابق ، فقرة ٥٢ .



علمه به ، وأن عدم علمه هذا لا يرجع إلى تقصير منه <sup>(١)</sup> ، ودون أن يصله قبل ذاك العرض أو في نفس الوقت ، عدول عنه ، تمثل إيجاباً . وهو إيجاب ملزم للموجب ، حيث يلتزم بالإبقاء عليه قائماً طوال الفترة التي حدها لبقائه ، إن حدد لذلك فترة معينة ، فإن لم يفعل : بقي إيجابه ملزماً طوال الفترة المفقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له <sup>(٢)</sup> . وابداء هذا رأيه فيه ووصول القبول إلى الموجب . ووقوع الإيجاب هنا ملزماً للموجب لا يعدو أن يكون تطبيقاً تشريعياً للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٩٣ والفاية ذبالتزام الموجب بإيجابه إذا حدد ميعاداً لقبوله ، أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة .

ففي التعاقد بالمراسلة ، إذا قام الإيجاب ، التزم صاحبه بالإبقاء عليه فترة من الزمن ، لاعتبار أنه يتضمن ميعاداً للقبول . فلا يجوز للموجب أن يرجع عنه خلال تلك الفترة ، ولكنه ينقضي بفواتها ، إن لم يلحقه القبول قبل ذلك . وهذه الفترة من الزمن . التي يبقى الإيجاب خلالها قائماً ، إما أن تكون قد تحددت من الموجب تحديداً صريحاً ، وإما أن يكون هذا قد سكت عن تحديدها . فإن كان الأمر الأول ، بقي الإيجاب قائماً ، خلال الفترة المحددة . وإن كان الأمر الثاني ، وكان الموجب قد سكت عن تحديد ميعاد لبقاء إيجابه

(١) راجع : نقض ١٩ يناير ١٩٧٢ ، طعن ٤٦٢ / ٣٥ ق مجموعة النقض س ٢٣ ص ٦٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن مفاد نص المادة ٩١ من القانون المدني أن التعبير عن الإرادة « ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه » .

(٢) إذا كنا قد قلنا هنا إنه عند عدم تحديد الموجب مدة لإيجابه ، فإن إيجابه هذا يبقى قائماً المدة المفقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له : إذا كنا قد قلنا ذلك ، فليس معناه أن الإيجاب يقوم قبل وصول التعبير به إلى علم الموجب له . فهو إلى هذا الوقت لم يتواجد بعد . وإنما الذي نعيه من عبارتنا ، هو أن الإيجاب ، عند وصوله للموجب له ، لا يصير ملزماً للموجب إلا إذا كان قد وصله في الفترة المفقولة التي تقتضيها ظروف الحال لوصوله ، والتي يقدر للموجب أنه أدخلها في تقديره حيناً يثبت بإيجابه . وعلى هذا فإذا تأخر وصول الإيجاب إلى الموجب له إلى ما يتجاوز الفترة المفقولة التي تقتضيها ظروف الحال بحسب العادة المألوفة ، فإنه لا يكون ملزماً للموجب ، بل إنه لا يقوم هنا أصلاً ، لوصوله بعد ميعاده .

قائماً ، تحدد هذا الميعاد بالفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لإبداء الموجب له رأيه . ووصول قبوله إلى الموجب . إذا قدر لهذا القبول أن يكون . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر الفترة المعقولة التي يبقى فيها الإيجاب قائماً عند عدم قيام الموجب نفسه بتحديددها . فالمسألة مردها لظروف كل حالة . وهي من بعد مسأله واقع لقاضى الموضوع فيها القول الفصل (١) .

ويسقط الإيجاب بفوات الفترة التي يبقى خلالها قائماً ، سواء أ كانت هذه الفترة قد تحددت بذاتها من الموجب . أم أنها تحددت وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال .

ومؤدى سقوط الإيجاب بفوات فترة بقائه قائماً أن العقد لا يقوم إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب قبل ذلك الوقت . وقد يحدث . في العمل . أن يرسل الموجب له بما يعمل قبوله خلال فترة بقاء الإيجاب مازماً . وفي وقت يسمح بوصوله للموجب قبل فواتها وفقاً للظروف العادية . ولكن ذلك القبول . لسبب أو لآخر . يتأخر في وصوله إلى مابعد انقضاء تلك الفترة . فما عساه أن يكون الحكم في مثل هذه الحالة ؟

لا صعوبة هنا إذا كان تأخر وصول القبول للموجب راجع إلى فعل الوسيط الذى كلفه الموجب له بتقليغ قبوله . كهينة البريد ونحوها . فالإيجاب هنا يسقط ولا يقوم العقد : لاعتبار أن القبول قد وصل بعد ميعاده . ذلك لأن المرسل يتحمل . في مواجهة المرسل إليه . تبعه فعل من أرسله . بل إن الحكم الذى وصلنا إليه . والقاضى بسقوط الإيجاب . وبالتالي عدم قيام العقد . يسرى أيضاً حتى في الحالة التي يكون تأخير وصول القبول فيها

---

(١) انظر : نقض ٢ يولي ١٩٦٤ . طعن ١٨٧ / ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٨٩٥ قاعدة ١٣٩ . وقد جاء في هذا الحكم : « لقاضى الموضوع ، في حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول ، أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب منه ، الذى التزم البقاء فيه على إيجابه . والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله . وفي تقديره الوقت الذى يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول . لا ينفخ لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين في حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التي انتهى إليها » .

راجعاً إلى سبب أجنبي تماماً عن الموجب له ، ليس له فيه يد . إذ أنه أولى بهذا التأخير أن يتحمل تبعه ذلك التأخير دون الموجب . ثم إن الفترة المحددة لبقاء الإيجاب قائماً تتمثل بميعاد سقوط . وسمة مواعيد السقوط العسرة في احتسابها .

### ٧٣ - التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية :

إذا دخل أحد الأشخاص الاعتبارية ، عاماً كان أم خاصاً . طرفاً في التعاقد . فإنه يكون من الأهمية بمكان تحديد ما إذا كان هذا التعاقد يتم في مجلس العقد . أى بين حاضرين : أم أنه يتم على نحو آخر بين غائبين . لأنه إذا كان الأمر الأول ، فإن الإيجاب لا يكون بحسب الأصل ملزماً للموجب إلا إذا اقترن بميعاد صريح للقبول ، وأنه يسقط إذا لم يلحقه القبول قبل انقضاء المجلس . في حين أنه إذا اعتبر التعاقد حاصلًا مع غائب . ترتب على ذلك بالضرورة اعتبار الموجب ملزماً بالإبقاء على إيجابه الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال لبيت الشخص الاعتباري في الإيجاب برأيه ويقوم بتبليغ هذا الرأي للطرف الآخر .

ولاصعوبة هنا إذا حصل التعاقد مع من له سلطة تمثيل الشخص الاعتباري قانوناً ، كما إذا وقع مع مدير الشركة الذي له سلطة تمثيلها في إبرام العقد . أو مع الوزير المختص الذي له سلطة تمثيل الدولة في إجراءاته . إذ أن من يمثل الشخص الاعتباري في هذه الحالة يعتبر نائباً عنه في إبرام العقد ، والنائب ، وإن كان يعبر عن إرادته . إلا أنه يعتبر في حكم الأصيل تماماً بالنسبة إلى عملية إبرام العقد ذاتها ، حيث إن إرادته تحل محل إرادة الأصيل في ذلك<sup>(١)</sup> . وهكذا يعتبر التعاقد هنا حاصلًا في مجلس العقد . أى بين حاضرين .

ويختلف الأمر إذا سلم الإيجاب المراد تقديمه للشخص الاعتباري إلى أحد القائمين على شأنه . وكانت سلطة البت فيه ثابتة لغيره : سواء أكان هذا الغير فرداً آخر أم هيئة . كما إذا قدم العرض لأحد موظفي الشركة وكانت

(١) راجع ما سيجي ، نيلة ١٠٩ .

سلطة تمثيلها في التعاقد ثابتة لمديرها أو لمجلس إدارتها ، أو قدم الإيجاب لأحد موظفي الوزارة وكانت سلطة تمثيل الدولة في التعاقد ثابتة في حد ذاتها للوزير أو لأحد المدراء . ففي مثل هذه الحالة يعتبر التعاقد حاصلًا بالضرورة بين غائبين . اعتباراً بأن الشخص الاعتباري بمن يمثله قانوناً بعيد ، يأخذ من ثم حكم التعاقد بالممارسة من حيث التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه المدة المعقولة التي تلزم لعرض الإيجاب على سلطة الاختصاص والبت فيه برأيها وتبليغ هذا الرأي للموجب (١) .

ويلاحظ ، في مجال التعاقد مع الشخص المعنوي ، التحرز من الخلط بين سلطة قبول الإيجاب ذاته ، وسلطة التصديق على هذا القبول بعد صدوره ،

---

(١) انظر : نقض ٢ يولي ١٩٦٤ ، طعن ١٨٧ / ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض ص ١٥ ص ٩٨٥ قاعدة ١٣٩ ، وقد سبقت الإشارة إليه . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن إخوة قعموا لشركة معينة طلباً ، أبدوا فيه رغبتهم في شراء أرض مملوكة لها بشئ معلوم . عرضت الشركة طلب الشراء على مجلس إدارتها ، فوافق عليه بعد يومين اثنين من تقديمه ، ولكنها أبلفت طالبي الشراء بتلك الموافقة بعد عدة أشهر . طالبت الشركة المشتريين بالمستحق من الثمن ، فدفعوا هؤلاء دعوها بعدم انعقاد البيع ، لسقوط الإيجاب المقدم منهم قبل إبلاغهم بالقبول . وقضت محكمة الموضوع بانعقاد البيع ، تأسيساً على أنه لم يتم في مجلس العقد ، وإنما تم بين غائبين ، وأن الإيجاب إذ لم يقررن بمصادقته ، محمداً على نحو صريح . فهو مقترن بالمصادق الذي تقتضيه ظروف الحال ، وهو الذي يتسع لنظر مجلس إدارة الشركة فيه وإبلاغ قرارها لطالبي الشراء . وخلصت محكمة الموضوع إلى أن قبول الشركة للإيجاب المقدم من المشتريين وإبلاغ هؤلاء به قد حصل خلال المصادق الذي اقررن بإيجاب الموجبين ، وانتهت نتيجة ذلك إلى انعقاد البيع ، سيما وأن الموجبين مكثوا لا يمتنعون على تأخر الشركة في إبلاغهم بقبولها حتى رفضت هي الدعوى عليهم بدفع المستحق من الثمن بعد أكثر من ستة . وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع قاضية برفض الطعن الموجه ضده . وجاء في حكمها : « ولما كانت هذه الأسباب التي تدل بها الحكم المطعون فيه على أن الشركة أبلفت قبولها في المصادق المحدد ضمناً وفي الوقت المناسب لها أصلها في الأوراق التي كانت مقدمة إلى محكمة الموضوع ، وتتسق مع الوقائع التي استعرضتها المحكمة ، وتؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها ، وكان لقاضي الموضوع في حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لمصادق قبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب المصادق الذي التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضي فيها يستخلصه من ذلك كله وفق تقديره للوقت الذي يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يتخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين في حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التي انتهى إليها . . . » .

إذا كان هذا التصديق لازماً قانوناً . ففي كثير من الأحيان ، لاسيما في مجال التعاقد مع الدولة أو أحد فروعها ، يتطلب القانون التصديق على التعاقد من هيئة عليا . بعد سبق إبرامه من هيئة أدنى . ويحصل ذلك على وجه الخصوص في التعاقد بالمزاد ، كما هو الشأن في بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها ، وفي التعاقد عن طريق تقديم العطاءات داخل مظروفات ، وكما هو الشأن في التعاقد مع الدولة وغيرها من الأشخاص العامة في خصوص المشروعات والأشغال العامة . فإذا كلفت الدولة ، مثلا ، أحد الأشخاص بإجراء مزاد لبيع مالها الخاص ، فلها تعطيه بذلك سلطة إبراء هذا المزاد . وإرساء المزاد في المزادات يعتبر قبولاً للعطاء المقدم ( المادة ٩٩ مدني ) . ولكن تصديق وزير المالية هنا لازم بحكم القانون لتمام البيع . فما هو دور التصديق في مثل هذه الحالة ؟

ثمة أمر مسلم هنا لا جدال فيه ، وهو أن التعاقد لا يعتبر قائماً أصلاً إلا إذا حصل التصديق عليه من يملكه . ولكن هل يعتبر التصديق على العقد هو ذات قبوله ، أم أنه يمثل أمراً آخر ؟ إن التكييف القانوني السليم للتصديق على العقد بعد إبرامه هو أنه لا يعتبر ذات القبول الذي يرتبط بالإيجاب ، ولكنه مجرد شرط للاعتداد بهذا القبول من حيث اعتباره رضاء من صاحبه بالعقد . فالقبول ، حينما يلزم التصديق عليه ، يعتبر معلقاً على شرط واقف هو حصول هذا التصديق . فإن لم يقع التصديق ماقام العقد ، لاعتبار قبوله من الموجب له متخلفاً . وإن وقع التصديق ، قام العقد لتوافر الرضاء به . وتبرز أهمية اعتبار التصديق شرطاً لإعمال القبول وأنه ليس هو القبول ذاته ، في أنه إذا وقع فإن العقد يقوم ، لامن تاريخ حصول التصديق ، ولكن من وقت إبرام العقد من السلطة التي تملك إصدار القبول <sup>(١)</sup> . فالتصديق له أثر رجعي . وذلك كله بطبيعة الحال ما لم يتفق على غيره أو يقض القانون بخلافه .

---

(١) قارن : تقض ٢٩ أكتوبر ١٩٦٨ ، طين ٤٤٧ / ٣٤ ق مجموعة التقض س ١٩ ص ١٢٨٧ قاسمة ١٩٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن وزارة الإسكان طرحت في المزاد العام قطعة أرض من أملاك الدولة الخاصة ، ورسا المزاد على شخص مدين ، =

#### ٧٤ - تحديد زمان ومكان التعاقد بالمراسلة :

المسألة الثانية التي يثيرها التعاقد بالمراسلة هي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد . فإذا أرسل تاجر في القاهرة ، مثلاً ، خطاباً إلى آخر في الاسكندرية يعرض عليه فيه أن يبيعه كمية من البضائع . وقبل هذا الأخير الصفقة . وأرسل يحظر تاجر القاهرة بقبوله . فعلياً أن نحدد زمان انعقاد البيع ومكانه : هل هو قد انعقد وقت أن صدر القبول . أو انعقد في الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول ، أو في وقت آخر غير هذا وذلك ؟ ثم أين مكان العقد ، أهو في القاهرة أم في الاسكندرية ؟

إن لتحديد زمان انعقاد العقد أهمية بالغة في العمل <sup>(١)</sup> ، الأمر الذي جعل

---

الذي وضع يده على الأرض استناداً إلى رسوا مزاد عليه . رفعت وزارة الإسكان دعوى تأليية طرد الراسي عليه المزاد ، تأسيساً على عدم انعقاد البيع لعدم صدور التصديق على رسو المزاد . قضت محكمة النقض بأن البيع لم يتعقد . وجاء في حكمها ، استناداً إلى نصوص لائحة شروط بيع أملاك الميري الحرة الصادرة في ٣١ أغسطس ١٩٠٢ ، « أن بيع أملاك الحكومة ( الصحيح بيع أملاك الدولة ) المبرورة في المزايدة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية . ولا يعتبر رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجاباً صادراً من الراسي عليه المزاد . والحكم سليم تماماً ، في قوله إن ركن القبول لا يتم إلا بالتصديق . ولكن يؤخذ عليه قوله إن رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين يعتبران إيجاباً . فهذا القول من محكمتنا العليا غير سديد بشطريه . فبمبلغ التأمين الذي يدفع لدخول المزيادات لا يعتبر من قبيل الإيجاب ، إذ الذي يعتبر إيجاباً هو تقديم المطاع من صاحبه . أما رسو المزاد ، فهو الذي يشمل قبولاً للإيجاب ، وإن كان قبولاً مطلقاً على شرط واقف هو التصديق عليه من يملكه . وهذا الحكم هو الذي يتفق مع مقتضى نص المادة ٩٩ مدني التي تقضي بأن العقد يتم في المزايدات برسو المزاد . وهو يتسق في نفس الوقت مع ما تقضي به المادة ١٨ من لائحة بيع أملاك الدولة الخاصة بالآفة الذكر ، والتي تقضي بأن كل بيع لتلك الأملاك يلزم أن يتصدق عليه من وزارة المالية ، سواء تم بالمزاد أم بتقديم المطاع داخل مفارقات أم بالممارسة . وانظر في نفس اتجاه الحكم الذي نقدها : نقض ٢٤ فبراير ١٩٦٦ ملعن ١٢ / ٣٢ ق مجموعة النقض ص ١٧ ص ٤٥٠ .

(١) ومن مظاهر هذه الأهمية ما يلي : -

١ - إذا صدر قانون جديد يغير من القواعد القانونية المفسرة التي تحكم عدداً من العقود ، فإن هذا القانون لا يسرى إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذه ، فهو لا يسرى على تلك التي تم إبرامها قبل ذلك . وهكذا يهم هنا معرفة زمان انعقاد العقد ، لتحديد ما إذا كان قد جاء به نفاذ القانون الجديد ، فيخضع له ، أم أنه جاء قبل ذلك ، فيخضع للقانون القديم . أما إذا كان -

الفقه القانوني المعاصر ، في الدول المختلفة ، يعتمد إلى بيانه . ويمكن رد الآراء التي قيل بها في هذا الصدد ، إلى أربعة ، هي الآتية :

١ - ثمة رأى أول يذهب إلى أن العقد يتم بمجرد أن يعلن الموجب له قبوله . اعتباراً بأنه في هذا الوقت يتم توافق الإرادتين . وهذا هو مذهب إعلان القبول . ويتوافق هذا الرأى مع مايقول به الفقه الإسلامى . للذى يعطى للتعبير عن الإرادة أثره بمجرد صدوره .

٢ - ورأى ثان ذهب إلى أن العقد يتم عند تصدير القابل لما ينهى بقبوله . كما إذا وضع الخطاب الذى تضمنه صندوق البريد . وهذا الرأى ، وإن كان يأخذ أصلاً بأن توافق الإرادتين يتم بمجرد إعلان القبول ، إلا أنه يستهدف من إجراء التصدير أن يكون القبول نهائياً لارجوع فيه من صاحبه . وهذا هو مذهب تصدير القبول .

٣ - وثمة رأى ثالث قال بأن العقد يتم في الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب . حتى لو لم يعلم هذا به . وهذا هو مذهب وصول القبول أو استلام القبول . وهذا الرأى بدوره يسلم بأن توافق الإرادتين يتم بمجرد إعلان القبول ، ولكنه اشترط وصول القبول إلى الموجب . لكى يكون نهائياً لارجوع فيه ، بعد أن تبين أنصاره أن مجرد تصدير القبول لا يفيد بالضرورة أنه نهائى . حيث يستطيع القابل أن يسترد ماينهى بقبوله قبل أن يصل إلى الموجب ، كما إذا استرد خطابه من مصلحة البريد قبل وصوله .

---

= القانون الجديد يتضمن قواعد قانونية أمرة ، فهو يحكم جميع العقود التى تكون موجودة تحت غلته ، حتى ما أبرم منها قبل صدوره ( انظر في هذا الموضوع مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ١٦٩ ) .

٢ - في الوقت الذى يتم فيه إبرام العقد ، تتولد عنه آثاره . وهكذا تهتم معرفة زمن إبرام العقد ، لأننا بذلك نعرف الوقت الذى تولدت فيه آثاره . وقد تكون لهذا التحديد الزمنى أهمية عملية قصوى ، كما إذا باع شخص ، مثلاً ، إحدى التحف عن طريق المراسلة . ثم أوقع دائن البائع الحيز عليها ، فهل تم البيع هنا قبل توقيع الحيز ، ومن ثم لا يسرى هذا الحيز على المشتري ، أم أنه تم بعد توقيع الحيز ، فيسرى هذا عليه ؟

٣ - لتحديد زمان العقد أهمية بالغة في حالة شهر الإفلاس ، فالتصرفات التى تبرم بعد هذا الحدث لا تسرى ، بحسب الأصل ، في حق الدائنين .

٤ - والرأى الرابع. والأخير يشير بأن العقد لا يتم ، إلا فى الوقت الذى يتصل فيه القبول بعلم الموجب ، اعتباراً بأن ارتباط الإرادتين يتم فى هذا الوقت ، لا قبل ذلك . وهذا هو مذهب العلم بالقبول .

هذه هى مجمل المذاهب التى قيل بها فى خصوص التعاقد بالمراسلة . وتباينت قوانين الدول المختلفة فى الأخذ منها بما ارتأتها <sup>(١)</sup> . ونحيز القانون المدنى المصرى ( المادة ٩٧ ) المذهب الأخير ، وهو مذهب العلم بالقبول . وفى ذلك تقضى المادة ٩٩ منه بأنه : « ١ - يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول : ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ٢ - ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليهما هذا القبول » .

فالمرشح يأخذ بمذهب العلم بالقبول ، ويقرر أن التعاقد بالمراسلة يتم فى ذات الوقت الذى يعلم فيه الموجب بقبول المقابل . وذلك ما لم يتفق على غيره ، أو يقض القانون أو العرف بخلافه .

وهذا الذى تصرح به المادة ٩٧ لا يعدو أن يكون تطبيقاً تشريعياً للمبدأ الأساسى الذى سبق للمشرع أن أخذ به فى المادة ٩١ ، والقاضى بأن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من يوجه إليه .

(١) فى هذه القوانين ما يعتد بصور القبول . وهذه هى حال مدونة الالتزامات والعقود التونسية ( المادة ٢٨ ) ومدونة الالتزامات والعقود المغربية ( الفصل ٢٤ ) ، والقانون اللبناني ( المادة ١٨٤٠ ) ، والقانون الأردنى ( المادة ١٠١ ) . ومنها ما يعتد بتصديق القبول . وهذا هو ما تقضى به مدونة الالتزامات السويسرية ( المادة ١٠ ) ، والقانون البرازيلى ( المادة ١٠٩٦ ) . ومن التقنينات ما يعتد ، فى تحديد زمان انقضاء العقد ومكانه بوصول القبول إلى الموجب له . وهذا ما يقرره القانون الألمانى ( المادة ١٣٠ ) ، والقانون البولونى ( المادة ٧٠ ) . ومن التقنينات ، فى النهاية ، ما يعتد بالعلم بالقبول وهذا هو الحكم الذى يقول به مشروع القانون الفرنسى الإيطالى ( المادة ٢ ) ، والقانون الأسبانى ( المادة ١٢٦٢ ) . وقد تبنى القانون المصرى الرأى الأخير ، كما رأينا فى المتن ( المادة ٩٧ ) ، وتبعته فيه أغلب القوانين العربية التى استوحته ، كالتقانون الليبى ( المادة ٩٧ ) والقانون العراقى ( المادة ٨٧ ) . وأخذ بهذا الرأى أخيراً القانون المدنى الكويتى ( المادة ٤٩ ) .



ويلاحظ ، إعمالاً للمادة ٩٧ / ٢ ، أن وصول القبول إلى الموجب ينهض  
قرينة قانونية على علم هذا به . ولكنها قرينة بسيطة ، يستطيع الموجب أن  
يدحضها بأى دليل من أدلة الإثبات .

وما قلناه بشأن تحديد زمان العقد ، يسرى على مكانه . فهذا أيضاً يتحدد  
بصريح نص المادة ٩٧ : وإعمالاً لحكم المادة ٩١ ، بالمكان الذى يعلم فيه  
الموجب بالقبول ، اعتباراً بأنه فى هذا الوقت يتم إبرام العقد . مع ملاحظة  
أنه يفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس ، أن الموجب قد علم بالقبول  
فى المكان الذى وصل إليه فيه .

ولتحديد مكان العقد أهميته . لاسيما بالنسبة إلى تطبيق قواعد القانون  
الدولى الخاص فى تنازع القوانين . حيث يجوز إخضاع العقد ، من حيث  
الشكل إلى قانون البلد الذى أبرم فيه ( المادة ٢٠ مدنى ) ، كما أنه يخضع . من  
حيث الموضوع . لقانون هذا البلد . إذا اختلف طرفاه موطناً ولم يتفقاً على  
سريان قانون آخر عليه ( المادة ١٩ مدنى ) . كما أن لتحديد مكان إبرام  
العقد بعض الأهمية فى قانون المرافعات <sup>(١)</sup> ، وفى القانون المدنى <sup>(٢)</sup> .

#### ٧٥ - ( ج ) التعاقد بالتليفون :

تكلمنا ، فيما سبق ، فى صورتين يتم عليهما التعاقد ، وهما التعاقد فى  
مجلس العقد ، أو التعاقد بين الحاضرين ، والتعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين  
الغائبين . بقى علينا أن نتناول هنا الصورة الثالثة والأخيرة ، التى يمكن للتعاقد  
أن يتم عليها ، وهى صورة التعاقد بالتليفون أو أى أداة أخرى ماثلة ، من  
حيث إنها تنقل الكلام بين غائبين ، ولكن مباشرة بحيث يسمع كل منهما  
الآخر فى نفس وقت صدوره ، كالجهاز اللاسلكى . وهكذا فالتعاقد بالتليفون  
أو بما يشبهه يعتبر تعاقدًا بين غائبين حاضرين فى آن معاً . فهو تعاقد بين

(١) انظر ، على سبيل المثال ، المادة ٥٥ و ٥٦ مرافعات .

(٢) انظر على سبيل المثال ، المادة ١/٢٤٧ مدنى .

غائبين ، لبعد المسافة بينهما . وبين حاضرين لوصول عبارة كل منهما إلى الآخر فور صدورها .

وحكم التعاقد بالمئاتف أو مايمائله أنه يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين ، من حيث زمان انعقاد العقد . أى أن العقد بوساطته يعتبر تاماً فور صدور القبول . لأن القبول يتصل بعلم الموجب في ذات لحظة صدوره . كما أن التعاقد بالتليفون أو مايمائله يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين ، أو التعاقد في مجلس العقد . بالنسبة إلى كيفية تمامه . أى بالنسبة إلى كيفية ارتباط الإيجاب بالقبول (المادة ٩٤ / ١) . أما بالنسبة إلى مكان العقد ، فيأخذ التعاقد بالتليفون حكم التعاقد بالمراسلة . أو التعاقد بين الغائبين : أى أنه يتعقد في المكان الذى يتكلم منه الموجب . ذلك لأنه في هذا المكان يتصل القبول بعلم الموجب .

#### ٧٦ - الأدهور التى يرد عليها توافق الإرادتين :

عرشنا فيما سبق لكيفية حصول توافق الإرادتين ، ورأينا أن هذا التوافق يتم على مراحل ثلاث : الإيجاب والقبول وارتباط القبول بالإيجاب . ونود هنا أن نحدد الأمور التى يجب أن يرد عليها توافق الإرادتين . حتى يمكن للعقد أن يقوم .

والقاعدة في هذا المجال أنه يلزم أن يرد توافق الإرادتين على طبيعة العقد . بيعاً كان أو هبة أو إيجاراً مثلاً . وعلى جميع المسائل الجوهرية فيه ، كانباع والتمن بالنسبة إلى البيع . وكالعين المؤجرة والأجرة بالنسبة إلى الإيجار . أما المسائل التفصيلية للعقد ، كملحقات الشيء المبيع أو المؤجر وتوابعه التى يجب أن تسلم معه . ومكان وزمان تسليم المبيع أو العين المؤجرة ، ومكان وزمان دفع الثمن أو الأجرة . والإصلاحات التى يستلزمها الانتفاع بالعين المؤجرة . ونحو ذلك كله . فليس من الضروري لقيام العقد أن يرد توافق الإرادتين عليها بطريق مباشر . فكل مايلزم بصدها هو ألا يثور بين المتعاقدين خلاف لا يصلان إلى حسمه . أو فى الأقل . لا يصلان إلى إرجاء حسمه إلى وقت تال . فإذا قام ثمة خلاف بين المتعاقدين على مسألة ما

متعلقة بالعقد . ولم يصل إلى حسمه أو إلى الاتفاق على إرجاء هذا الحسم .  
فإن العقد كله لا يقوم . مهما كانت المسألة التي تار بصدها هذا الخلاف  
ثانوية تفصيلية . فإذا انعقد رضاء البائع والمشتري . مثلاً ، على الشيء المبيع  
والثمن وكل شروط البيع الأخرى : فيما عدا ما تعلق منها بوقت دفع الثمن :  
كأن تطلب البائع دفعه فوراً . وصمم المشتري على أن يدفع جزءاً منه  
مهما قل ، في وقت تال ، مهما قصر . فإن البيع في مجموعه لا يقوم .  
ولكن إذا لم يصل المتعاقدان . عند إبرام العقد ، إلى حسم التزاع الذي تار  
بصدد المسائل التفصيلية ، فإنه يمكنهما الاتفاق على الاحتفاظ بها للمستقبل :  
لعلهما يوفقان إلى حل بشأنها يرضيهما معاً . فإن اتفقا على هذا الإرجاء .  
قام العقد من فوره . إلا إذا كانا قد اشترطا أنه لا يقوم إلا عند الاتفاق على  
حكم تلك المسائل . وإذا قام العقد . نتيجة الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاتفاق  
يحصل فيما بعد بين العاقلين . فإنه لا يؤثر في قيامه ألا يقع هذا الاتفاق  
مستقبلاً . وهنا تقضى المحكمة في الخلاف : وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام  
القانون والعرف الجاري ومقتضيات العدالة . وفي ذلك كله جاءت المادة ٩٥  
تقضى بأنه : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد :  
واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند  
عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التي  
لم يتم الاتفاق عليها . فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام  
القانون والعرف والعدالة ، .

وهكذا يلزم : بالنسبة إلى تحديد الأمور التي يجب أن يرد عليها توافق  
الإرادتين . أن نفرق بين المسائل الجوهرية في العقد والمسائل التفصيلية  
الثانوية فيه . فبالنسبة إلى المسائل الأولى . يجب أن يرد توافق الإرادتين عليها .  
ولا يقوم العقد إلا إذا حصل هذا التوافق . ومن تاريخ وقوعه . أما المسائل  
التفصيلية في العقد : فكل ما يلزم بصدها هو ألا يثور بشأنها خلاف لا يصل  
المتعاقدان إلى حسمه أو إلى إرجاء هذا الحسم . فإن اتفق المتعاقدان على إرجاء

حسم الخلاف بشأن المسائل التفصيلية ، قام العقد من فوره ، ما لم يشترط عدم قيامه إلا عند حصول الاتفاق على تلك المسائل <sup>(١)</sup> . ولا يؤثر في قيام العقد هنا ألا يصل المتعاقدان ، في الوقت الذي حددها ، إلى اتفاق بشأن المسائل التي أجلا حسمها ، وإنما تنولى المحكمة في هذه الحالة الفصل فيها ، مهتدية بطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة .

وتحديد ما إذا الأمر المتفق بين الطرفين على إرجاء نظرهما فيه يتمثل أمراً جوهرياً أم ثانوياً هو مما يتعلق بالتكييف ، ومن ثم فهو يتمثل مسألة من مسائل القانون ، يخضع قاضي الموضوع في شأنه لرعاية محكمة النقض .

#### ٧٧ - أثر توافق الإرادتين يتركز في قيام العقد ولزومه على طرفيه :

بيننا : فيما سبق ، المراحل الثلاث التي يتم عليها توافق الإرادتين ، والمتمثلة في الإيجاب والقبول وارتباط القبول بالإيجاب ، كما بينا الصور الثلاث التي يجيء عليها ارتباط القبول بالإيجاب . وهي التعاقد في مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين ، والتعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين ، والتعاقد بالتليفون أو ما يشبهه ، وهو تعاقد بين حاضرين غائبين في آن معاً ، فهو تعاقد بين حاضرين كلاماً حيث يسمع كل شخص عبارة الآخر فور صدورهما منه ولكنه تعاقد بين غائبين مكاناً لبعد كل منهما عن الآخر .

وأياً ما كانت الصورة التي يأتي عليها ارتباط القبول بالإيجاب . وبالتالي توافق الإرادتين ، فإن مؤدى ذلك قيام العقد . ولزومه فور قيامه على طرفيه ، وذلك ما لم يقض العقد نفسه أو القانون أو العرف بغير ذلك .

---

(١) راجع في هذا الاتجاه : نقض ٢٦ يناير ١٩٦٧ طعن ٣٣٧/٣٠ ، مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٢١٥ ( وقد قضى هذا الحكم بقيام عقد صلح اتفق فيه على شروطه الأساسية وأرجأ طرفاه الاتفاق على أوصاف هذا العقد وتفصيله ) . وانظر أيضاً نقض ١٦ يناير ١٩٧٥ ، طعن ٣٩/٢٥٢ ق مجموعة النقض س ٢٦ ص ١٨٣ قاعدة ٤٣ . وقد قضى هذا الحكم بأن الحكم المضمون فيه ، إذ اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة وائتمن ، مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائي إلى أن تقوم به الإدارة القانونية لجنة الإصلاح الزراعي بالشروط التي تراها فيه ، أنه لا يمتنع أن يكون مشروفاً لعقد بيع ، دون أن يبيح فيما إذا كان الشروط المرجأة جوهرياً أم قانونية ، فإنه يكون متسماً بالقصور ما يمتنع منه نقضه .

فبمجرد أن يتم ارتباط الإيجاب بالقبول ، وينتقد بالتالي العقد ، يكسب العقد قوته الملزمة . ويمتنع بالتالي على أى من طرفيه ، بغير إرادة الآخر ، التحلل منه أو النكوص عن حكمه ، ما لم يسمح له بذلك العقد نفسه . أو يقض له به نص فى القانون . أو حكم جرى به العرف . وذلك حتى لو كان الطرفان لازالا باقيين معاً لم يتفارقا بعد بالبدن <sup>(١)</sup> . ومن أهم الحالات التى يسمح فيها القانون لطرفى العقد العدول عنه بعد تمامه ، بل أهمها على الإطلاق هى حالة التعاقد بالعربون : التى سنعرض لها فيما بعد <sup>(٢)</sup> .

#### ( د ) صور خاصة من توافق الإرادتين

٧٨ - بينا ، فيما سبق ، كيف يتم توافق الإرادتين . وتتناول هنا بعض صور خاصة لهذا التوافق ، لما قد يعترىها من لبس فى تبين حكمها ، أو لما تختص به من حكم متميز ، أو لما تتسم به من أهمية فى العمل . وفى هذا المجال . نتكلم فى العقد الابتدائى . وفى الوعد بالتعاقد ، وفى التعاقد بالعربون . وفى التعاقد بطريق المزايدة ، وفى التعاقد بالإذعان .

(١) ويلاحظ أن فقهاء المسلمين اختلفوا فى هذا الخصوص . طائفة منهم يترجمها الفقه الشافعى والخليل تقول بأن لأى من المتعاقدين أن يرجع فى العقد ، برغم توافق الإيجاب والقبول ، طالما بقى المتعاقدان مجتمعين ، لم يتفارقا بالبدن . وهذا ما يسمى عندهم ( خيار المجلس ) . ودعاة هذا الرأى الحديث الشريف ( المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار ) . والطائفة الثانية من فقهاء المسلمين يترجمها الفقه الحنفى والفقه المالكي . وهى تقول بأن العقد ، بعد انعقاده بتوافق الإيجاب والقبول ، يصير لازماً ، ويمتنع على أى من طرفيه الرجوع فيه برغم إرادة الآخر . فهى لا تقول بخيار المجلس . وعمدة هذا الرأى قوله ، عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، اعتباراً بأنه مما يتناقض مع الوفاء بالعقد أن يسمح لأى من طرفيه بالنكوص عنه بعد تمام انعقاده . وأنصار هذا الرأى يعمدون إلى تفسير الحديث الشريف ( المتبايعان بالخيار ... ) على نحو يجعله متسقاً مع إطلاق الآية الكريمة . كقول بعضهم بأن المقصود ، فى الحديث الشريف ، من كلمة ( المتبايعان ) هو المتساومان ، أى المتفاوضان فى شأن البيع ، وكقول البعض الآخر أن المقصود بكلمة ( يفترقا ) هو الافتراق بالقول ، لا التفريق بالأبدان . وهو يتم بصور القبول .

(٢) راجع ما سيجى ، نية ٨٥ وما بعدها .

#### ٧٩ - العقد الابتدائي :

ثمة نوع خاص من العقود ، تتميز بأنها تستهدف التكوين من قيام عقود أخرى غيرها ، أو تستتبع إعادة إبرامها بذاتها . ولكن في ثوب جديد على نحو يقتضيه القانون أو طبيعة المعاملة . فالسمة الجامعة لهذه العقود أنها عقود أولية لعقود أخرى تتلوها . أو هي . كما يطلق عليها أحياناً ، عقود ما قبل العقود

#### Avant Contrat

وقد دأبت أغلب التقنيات . في الدول المختلفة . ومن بينها مصر ، على أن تقتصر على تنظيم نوع معين من هذه العقود الأولية . وهو الوعد بالعقد ، دون أن تتناول تنظيم نوع آخر منها على جليل خطره . وهو ما جرى العمل على أن يطلق عليه . في مصر ودول أخرى كثيرة غيرها . انعقد الابتدائي <sup>(١)</sup> .

والعقد الابتدائي ، على نحو ما يدل عليه اسمه في لغتنا القانونية في مصر وفي غيرها من البلاد العربية الأخرى التي استوحت قوانينها منها . يتمثل اصطلاحاً جديداً في دنيا القانون . فقد نشأ بمناسبة ما يتطلبه القانون المعاصر ، في شأن التصرف في العقار ، من وجوب الشهر لنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية إلى المتصرف إليه . فالتصرف في العقار من بيع وهبة وغيرها لا ينقل الملكية بمجردده ، وإنما يلزم لذلك تسجيله . وإجراء التسجيل يتطلب بالضرورة بعض الوقت ، ثم إنه يستلزم إجراءات وأوضاع معينة يقتضيها القانون . وهذا ما يؤدى بالمتعاقدين في العادة إلى إثبات رضاهما بالعقد وبشروطه في محرر أولى . انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد في الثوب الذي يتطلبه القانون لإجراء التسجيل . وقد استقر الفكر القانوني ، في مصر وفي بلاد عربية أخرى كثيرة . على أن يطلق على ذاك المحرر الأولي اصطلاح « العقد الابتدائي » . تمييزاً له عن المحرر الذي تأتى فيه الصيغة النهائية للعقد . والذي

---

(١) وقد كلف القانون المدنى الكويتى ، الصادر في أول أكتوبر ١٩٨٠ . ليصل به ابتداء من ٢٥ فبراير ١٩٨١ ، والذي كان لنا شرف رئاسة اللجنة التي أنيط بها إعداده ، عن السير في هذا الاتجاه ، فعمد إلى تنظيم العقد الابتدائي في المادة ٧٠ و ٧١ منه ، مقتناً القواعد التي سار عليها القضاء في مصر وفي الكويت . وقد راعى القانون المدنى الكويتى ، إذ خص العقد الابتدائي بالتنظيم التشريعى ، مدى أهمية هذا العقد وشيوعه ، لاسيما في التصرفات العقارية . ولعل بذلك يكون أول تقنين يلجأ إلى التنظيم التشريعى للعقد الابتدائي .

يتمشى مع مقتضيات التسجيل . ثم ينتهى به الأمر إلى أن يسجل . وهو ما جرت العادة على أن يطلق عليه اصطلاح « العقد البتائي » . وهكذا فالعقد الابتدائي والعقد البتائي ، في مجال البيع . مثلا ، لا يعدوان أن يكونا مسمين لعقد واحد ، هو عقد البيع مجرداً عن الثمت والتخصيص . كل ما في الأمر أن اصطلاح « العقد الابتدائي » يعنى البيع في صورته الأولية ، في حين أن اصطلاح « العقد البتائي » يعنى ذات العقد ؛ ولكن في صورته النهائية .

ولإبرام العقد الابتدائي بغية إعادة صياغته مستقبلا في شكله البتائي قد تقتضيا طبيعة العقد ذاتها . كما هو الأغلب . وهذه . على وجه الخصوص . هي حالة العقود التي ترد في شأن الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، إذا ما انصببت على عقار . ففي مثل هذه الحالة . التسجيل لازم . وهو يتطلب إعادة تحرير العقد في صيغة جديدة تتمشى مع مقتضيات إجراءاته ، على نحو ما ذكرناه حالا . وإذا كان الغالب في العمل أن إعادة إبرام العقد في صورة أخرى نهائية . تجيء كمقتضى لذات طبيعته . فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تكون نتيجة لاتفاق العاقدين عليها . فلا يوجد ، مثلا ، ثمة ما يمنع العاقدين من أن يتفقا على إعادة إبرام عقدهما . الذي اتفقا عليه . شافهة . في محرر مكتوب ، تيسراً لإثباته . وهكذا ففكرة العقد الابتدائي ليست محصورة بانضرورة في نطاق التصرفات العقارية . وإن بقي هذا النطاق مجالها الخصب الغالب .

ويلاحظ أن إضفاء وصف « الابتدائي » على العقد لا يغير من حقيقته المتمثلة في أنه عقد كامل . وأنه ذات العقد الذي يقصده عاقداه أولا وآخرأ . فهو وصف لا يرد على العقد في ذات أحكامه ، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التي تبدأ صياغته في أن تجيء عليها . لتتغير فيما بعد لتصير في شكلها البتائي ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه منذ قليل .

وإذا كان العقد الابتدائي هو ذات العقد المقصود أولا وآخرأ . وجب أن تراعى فيه كل الأحكام المطلوبة للاعتقاد والصحة ، بما فيها شرط الشكل . إن لزم .

كما أن العقد الابتدائي ، باعتبار أنه ذات العقد المقصود أولاً وأخيراً ، وإن جاء في صيغة أولية ، نجد أنه يرتب كافة الالتزامات والآثار التي من شأن العقد أن يرتبها ، بغض النظر عن اتسامه بوصف « ابتدائي » أو « نهائي » ، وذلك باستثناء ما يعلق القاتون نفسه ترتيبه من آثار على إجراء لا يتوافر فيه . فعقد البيع الابتدائي ، مثلاً ، يرتب كل الآثار التي من شأن البيع بوجه عام أن يرتبها ، فيما عدا نقل الملكية في العقار . إذ أن نقل الملكية في العقار بمقتضى العقد لا يكون إلا بالتسجيل ، ومن تاريخ حصوله ( المادة ٩ من قانون الشهر العقاري ) ، والعقد الابتدائي هو بالضرورة عقد لا يسجل ، إذ أن التسجيل لا يلحق إلا العقد النهائي .

وزيادة على الالتزامات التي يرتبها العقد الابتدائي ، اعتباراً بأنه العقد الكامل المقصود أولاً وأخيراً ، وإن جاء في صيغة أولية ، فإنه يولد أيضاً التزاماً خاصاً به ، مستمداً من حلة وجوده ذاتها . وهذا هو الالتزام الذي يتحمل كلا من طرفيه ، والمتمثل في وجوب أن يسهم كل منهما بنصيبه المعلوم في إبرام العقد النهائي .

فعل كل من طرفي العقد الابتدائي التزام بأن يسهم في إعداد العقد النهائي وإبرامه ، على نحو ما يقتضيه منه العقد ومجريات الحال . وما يلتزم به كل من العاقلين في هذا الحال ، في خصوص العقود الواردة على العقارات ، إن كانت عريفة ، التوقيع على العقد النهائي أمام موثق العقود ، لكي يقوم هذا الأخير بعملية التصديق على التوقيع . وهي عملية تتمثل هنا بضرورة لإجراء التسجيل .

وعلى كل من طرفي العقد الابتدائي أن يفي بالتزامه بأداء ما ينبغى عليه فعله لإبرام العقد النهائي في الميعاد الذي تحدده العقد الابتدائي . فإن لم يحدد هذا الأخير ميعاداً لذلك ، وجب على كل من الطرفين إبرام العقد النهائي والتوقيع عليه في فترة معقولة تخضع في تقديرها لقاضي الموضوع ، وفق ما تستوجه طبيعة المعاملة وظروف الحال .



وبرم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي ، مالم يتفق على إجراء تعديل فيها <sup>(١)</sup> ، أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة ، كإجراء

(١) وفي كثير من الأحيان يتضمن العقد الابتدائي أحكاماً معينة تأتي في بنوده وشروطه ، ثم يرم العقد النهائي خالياً منها ، فإذا ساء أن يكون الحكم في مثل تلك الحالة ؟ لا صعوبة هنا بالنسبة إلى الأحكام الوقتية التي يكون من شأنها تنظيم علاقة البائع والمشتري في الفترة ما بين إبرام العقد الابتدائي وتحرير العقد النهائي ، كالأحكام المتعلقة بتوزيع ثمار المبيع وتكاليفه بينهما في هذه الفترة . فكل هذه الأحكام تكون قد استنفدت غرضها عند تحرير العقد النهائي أو في الأقل عند تسجيله ، ومن ثم يكون طبيعياً ألا تذكر فيه .

ولكن الصعوبة قد تثار بالنسبة إلى الأحكام التي يكون من شأنها أن تسري على المتعاقدين حتى في فترة ما بعد تحرير العقد النهائي وتسجيله . ومرد هذه الصعوبة إلى أن عدم ذكر الأحكام التي كان يتضمنها العقد الابتدائي في العقد النهائي ، ورغم إنها لم تستنفد بعد موضوعها ، قد يثير في الذهن فكرة اتفاق الطرفين على النزول عنها . والرأي عندنا هو أن البيع ، كنظام قانوني يقوم على توافق الإرادتين ، يقتضي إعمال كل الشروط التي يتفق عليها الطرفان ، سواء أوردت في المحرر الابتدائي أم في المحرر النهائي ، ما لم يثبت للقاضي أن إغفال إبراء شرط يتضمنه العقد الابتدائي في العقد النهائي يمثل تنازلاً ضمنيّاً من المتعاقدين كليهما عن حكمه ، ومع مراعاة أن التنازل لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ، وإنما يجب أن يقوم الدليل الصادق عليه من واقعات الحال .

بيد أن محكمة النقض نهجت نهجاً آخر مخالفاً لرأينا في حكم أصدرته بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٧٠ ( طعن ٣٦/٤ بمجموعة النقض س ٢١ ص ٥١٣ قاعدة ٨٢ ) ، في قضية تتعلق بـ واقعتها في أن يمساً ابتدائياً أبرم متضمناً شرطاً جزائياً عن تأخير البائع في التوقيع على العقد النهائي ، وتأخر هذا بالفعل ، ثم حصر العقد النهائي خالياً من الشرط الجزائي ، وطالب المشتري به ذلك إعماله ، متعلّحاً بوجوده في العقد الابتدائي ، وبأن عدم ذكره في العقد النهائي لا يعتبر منه نزولاً عنه ، إذ أن ذلك يرجع إلى صعوبة موافقة البائع عليه من جديد بعد أن وقع منه الإخلال بالفعل . ولم تأخذ محكمة النقض العليا بوجهة نظر البائع ، مقررة أن عدم ذكر الشرط الجزائي في العقد النهائي يدل على أن الطرفين قد تغلّيا عنه وانصرفتا نهياً إلى عدم التحسك به أو تطبيقه . بل إن الحكم ذهب إلى التصحيح فقال : « إن العقد النهائي دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين » . وذلك كله من الحكم على نظر عندنا . إذ أنه يلزم ، عند تحديد الأحكام التي تنظم علاقة المتعاقدين النظر إلى العقد كنظام قانوني يقوم على ارتباط الإيجاب والقبول ، وما المحور الذي يضمنه إلا مجرد أداة لإثباته أو لتسجيله ، وسواء في ذلك أن يكون المحرر ابتدائياً أم انتهائياً . وهكذا يلزم إخضاع المتعاقدين لكل الأحكام التي يتفقان عليها اتفاقاً صريحاً قانوناً ، سواء أقر ذكرها في العقد الابتدائي أم في العقد النهائي ، وذلك ما لم يثبت أنهما ، بعدم ذكرها في العقد النهائي ، أرادا أن ينزلا عنها ، ومع مراعاة أن النزول لا يفترض ولا يؤخذ عن طريق الظن . فإغفال ذكر الشرط الذي أوردته العقد الابتدائي في العقد -

تعديل في حدود المقار مثلاً ، على نحو ما يستين من الإجراءات التمهيدية في التسجيل . كما أنه يمكن إجراء التعديل إذا اقتضته ظروف الحال . كما إذا مات المشتري ، ورغب ورثته في أن يكتب العقد النهائي بأسمائهم . ولم يكن في ذلك خطر يتهدد المشتري ، وكما إذا تعاقد شخص بوصفه نائباً عن آخر . ولم يفصح للمتعاقد معه عن صفته في العقد الابتدائي . وأراد أن يكون العقد باسم الأصيل ولحسابه ، وكان يستوى عند المتعاقد الآخر أن يكون التعاقد باسم النائب أو الأصيل ، كما إذا كان بائعاً واستوفى الثمن بثأمه ( راجع المادة ١٠٦ ) .

وإذا لم يف أي من طرفي العقد الابتدائي بالتزامه بالمشاركة في إبرام العقد النهائي على نحو ما يفرضه عليه العقد ومجريات الحال ، كان للطرف الآخر أن يقاضيه ويطلب الحكم ، في مواجهته ، بصحة العقد الابتدائي ونفاذه . شريطة ألا يكون هو بدوره محلاً بالتزامات التي يفرضها العقد عليه .

والغالب حصوله في خصوص بيع المقار — وهو المجال المخصص لورود العقد الابتدائي — أن البائع هو الذي يخل بالتزامه بإبرام العقد النهائي . وهو لإخلال يتمثل عادة في عدم ذهابه للمثول أمام موثق العقود والتوقيع أمامه على العقد النهائي . فيمنع بذلك إجراء التصديق على توقيعه . ويتعسر التسجيل . وهنا يكون للمشتري أن يرفع على البائع دعوى . يطلق عليها « دعوى صحة العقد ونفاذه » . وينظر القاضي في هذه الدعوى فيما إذا كان البيع صحيحاً أم باطلاً . وفيما إذا كان نقل الملكية للمشتري ممكناً أو غير ممكن . وفيما إذا كان التزام البائع بنقلها متوجِب الإنفاذ حالاً أم لا — وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان المشتري غير يخل بالتزاماته . وعلى الأخص التزامه بدفع الثمن . وذلك إعمالاً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ — حتى إذا مات تحقق القاضي من صحة البيع ونفاذ التزام

— النهائي لا يمكن بذاته وبمجردة لقول بأن الطرفين قد تخفيا عنه ، كما ذهبت محكمة العليا . كما أنه ليس صحيحاً أن العقد النهائي وحده دون العقد الابتدائي هو الذي تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المصادقين ، وإنما تستقر تلك العلاقة بالهرتين كليهما اللذين يصحان ما قانون المصادقين ، وذلك باستثناء الأحكام التي يتضمنها العقد الابتدائي . ويثبت أن المصادقين ، بإغفالها ذكرها في العقد النهائي ، أرادت التزول عنها إن صراحة وإن ضمنياً .

البائع بنقل الملكية حالا . حكم بصحة العقد الابتدائي ونفاذه . ويقوم حكمه هذا مقام العقد النهائي . حتى إذا ما سجل . انتقلت الملكية للمشتري <sup>(١)</sup> .

وغنى عن البيان أن ثبوت الحق للمتعاقد ، عند إخلال المتعاقد معه بما يفرضه العقد الابتدائي عليه من المساهمة في إبرام العقد النهائي ، في رفع دعوى صحة العقد الابتدائي ونفاذه ، لا يخل بما يقرره له القانون من حقوق أخرى . كحقه في طلب فسخ العقد وحقه في التعويض .

ودعوى صحة ونفاذ العقد الابتدائي . عند الإخلال بالالتزام بإبرام العقد النهائي ، لا تعدو أن تكون وسيلة للوصول إلى التنفيذ العيني للالتزام . وهي من بعد ثمرة يانعة للخلق القضائي ، لاسيما في مصر .

تلك هي الأحكام التي تنظم العقد الابتدائي ، وهي مستقاة من القواعد القانونية العامة ، إذ أن هذا العقد لم يحظ بعد في مصر بالتنظيم التشريعي الخاص .

#### ٨٠ - الوعد بالعقد :

يغلب في العمل أن ترم الصفقة المقصودة مباشرة ، كما إذا رغب شخصان في بيع أو إيجار . فعقداه . ولكن يحصل في بعض الأحيان أن يتفق شخصان لأعلى الصفقة ذاتها . ولكن على أن يعد أحدهما الآخر بإبرامها معه ، إذا رغب فيها هذا الأخير خلال مدة معينة . وهذا هو الوعد بالعقد أو الوعد بالتعاقد . ومثاله أن يستأجر شخص من آخر قطعة أرض لمدة عشر سنوات لينشئ عليها مصنعا ، ويخشى بطبيعة الحال أن ينتهي الإيجار ، فيضطر إلى ترك الأرض ومابناه عليها . وكان يتمنى لو أنه استطاع أن يتغلب على هذا الخطر الذي يهدده ، عن طريق قيامه بشراء الأرض ، ولكن المسال يعوزه . فيلجأ إلى صاحب الأرض ، ويستحصل منه على وعد بأن يبيعه إياها بثمان مئدين ، لو أراد هو الشراء ، خلال مدة الإيجار . وهكذا نجد أنفسنا هنا أمام وعد بالبيع مقترن بعقد الإيجار . ومثال الوعد بالتعاقد أيضاً أن يتردد شخص

---

(١) راجع ، في دعوى صحة العقد ونفاذه ، مؤلفنا : محاضرات في العقود ج ٢ عقد

في شراء شيء معين ، فليجأ آخر إلى حته على شرائه ، واعدأ إياه بأنه لو اشتراه فإنه سيشتريه منه بدوره بضمن محدد ، يكون له فيه ربح يفريه ، أو أنه سيستأجره منه بأجرة محددة تشجعه ، وهنا نكون بصدد وعد بالشراء أو وعد بالاستئجار على حسب الأحوال . ومثال الوعد بالتعاقد ، في النهاية ، أن يفتح بنك اعتماداً بمبلغ محدد لصالح شخص معين . ففتح الاعتماد يتضمن وعداً بالقرض ، وإن خصه المشرع بأحكام تخالف إلى حد كبير أحكام الوعد بالعقد بوجه عام <sup>(١)</sup> .

والوعد بالعقد promesse de contrat هو في ذاته عقد . لأنه يقوم على إيجاب وقبول . فمن يعد آخر بالبيع ، مثلاً ، يوجب له بهذا الوعد ، ثم يأتى الموعد له فيقبل منه الوعد صراحة أو ضمناً <sup>(٢)</sup> .

والوعد بالعقد . وإن كان في ذاته عقداً . إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية ، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه . فهو لا يعدو أن يكون من مقدمات العقد المقصود في آخر الأمر ، أو هو عقد يراده أن يتيح الفرصة لعقد آخر أن يقوم . وهو بهذه المثابة يعتبر من فصيلة عقد ما قبل العقد avant contrat . فالوعد بالبيع . مثلاً . ولو أنه في ذاته عقد ، إلا أنه لا يقصد به إلا أن يكون مجرد وسيلة تستهدف ، في النهاية . إجراء عقد آخر هو البيع . فقبول الموعد له لا ينصب في بداية الأمر إلا على مجرد الوعد بالبيع ، فهو لا يتناول ذات البيع الموعد بإبرامه . ومن ثم ، فالوعد بالبيع — طالما بقى كذلك ، أى طالما لم يبد الموعد له رغبته في إبرام

(١) اختلف فقهاء القانون التجاري في طبيعة فتح الاعتماد . فمن قائل إن فتح الاعتماد هو عقد قرض ملق حل شرط واقف هو قبض العميل المبلغ المفتوح الاعتماد به كله أو بضمه . وقال آخرون إنه عقد من نوع خاص . وقال فريق ثالث إنه عقد وعد بالقرض . ونحن أميل إلى هذا للرأى الأخير . راجع في طبيعة فتح الاعتماد: حسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري ج ٣ تبة ٥٦ .

(٢) ويمبر سكوت الموعد له قبولاً ضمناً للوعد ، إذ أن الإيجاب يتسبب من محض منفعة ( المادة ٢/٩٨ ) .

البيع في المدة المحددة - لا يعتبر بيعاً ، ولا يترتب عليه أى أثر من آثاره .  
فلكية الشيء تبقى للواعد . كما أن الموعود له لا يلتزم بدفع الثمن .

والوعد بالعقد هو وعد انفرادى ، أى أن أحد طرفيه هو الذى يلتزم به دون الآخر ، الذى يقتصر دوره على أن يكون مجرد موعود له بإبرام العقد المستهدف ، كما هو الحال في الأمثلة التى سردناها فيما سبق . ومع ذلك فقد جاء في المادة ١٠١ / ١ ما يفهم منه إمكان وقوع الوعد مزدوجاً ، أى أن يتحمل به الطرفان كلاهما ، بأن يكون كل منهما واعداً للآخر بإبرام العقد وموعوداً منه به في نفس الوقت . فتلك المادة تقضى بأنه : « ١ - الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها » . فوعدى النص السابق أن الوعد بالعقد يمكن أن يجرى انفرادياً . كما يمكن أن يجرى ثنائياً أو ازدواجياً . وهو في ذلك قد جاء بعيداً كل البعد عن التوفيق . إذ أن الوعد بالعقد ، بمعناه القانوني السليم ، وبأركانته المطلوبة قانوناً ، لا يمكن له أن يكون إلا انفرادياً ، يلتزم به طرف واحد . هو الواعد ، في حين أن الطرف الثانى يكون مجرد موعود له . ففقد الوعد هو عقد ملزم لجانب واحد ، ولا يمكن له أن يكون ملزماً لجانبين .

صحيح أن البعض من الفقهاء قد رأوا ، متأثرين في ذلك بالنصوص التشريعية في قوانين بعض البلاد المختلفة ، ومن بينها مصر ، أنه من الممكن أن يجرى الوعد بالعقد ثنائياً<sup>(١)</sup> ، أى أن يتحمل به كل من الطرفين لصالح الآخر .

(١) انظر من الفقهاء الذين يرون أن الوعد بالعقد يمكن له أن يجرى ثنائياً : السهورى . الوسيط ج ١ ، نبة ١٣٢ . ويلاحظ أن فقهاء الكبير في المثال الذى ضربه لما أطلق عليه « وعد ملزم لجانبين » قد التمس عليه الأمر ، فخلط بين الوعد بالعقد وما درج عرف المعاملات على تسميته بالعقد الايتئائى الذى سبق لنا أن عرضنا له منذ قليل ( راجع ما سبق ، نبة ٧٩ ) . وهذا الخلط من فقهاء القدي انكسر على صياغة نص المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى ، التى تضمنت أصلاً للمادة ١٠١ من القانون . فقد جاءت المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى تقول : « الاتفاق الايتئائى الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب أن يتم فيها هذا العقد » . وقد سلفت كلمة « ايتئائى » أثناء مناقشة النص في لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، نتيجة اعتراض من أستاذنا حامد زكى بناءً على أن العمل قد جرى على أن العقود الايتئائية عقود

ومثال ذلك . على نحو ما يزعمون : أن يتواعد شخصان معاً على أن تنشأ بينهما شركة معينة في تاريخ يضر بهانه . أو أن يتفق شريكان في الشيوع على إجراء قسمة المال الشائع بينهما في موعد يبينانه . ومثال ذلك أيضاً . على نحو ما يبيح على لسان كثير من الفقهاء . أن يعد زيد بكرة بأن يبيعه منزله بثمن معلوم ، إذا رغب بكر في شرائه خلال مدة محددة . وفي نفس الوقت ، يعد بكر زيدا بأن يشتري منه هذا المنزل لو رغب زيد في بيعه : خلال السنة المحددة . والوعد الثنائي . أو المزدوج ، بالعقد . برغم أن القانون المصري قد نص عليه ( المادة ١٠١ / ١ ) . ومن قبله فعل ذلك القانون الفرنسي ( المادة ١٥٨٩ ) ، الوعد الثنائي . برغم هذا كله . لا يعتبر في الحقيقة مجرد وعد بإبرام العقد ، طالما أن القانون يستلزم فيه . كما يستلزم في الوعد الانفرادي تماماً . تحديد المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه . إذ أننا في حالتنا هذه : نجد الطرفين يرتضيان كلاهما العقد المقصود في النهاية ، ويقبلان المسائل الجوهرية فيه . فما الذي ينقص إذن هذا العقد حتى يقوم وينتقد ؟ إن ما يطلق عليه الوعد الثنائي أو المزدوج بالعقد ليس . في الحقيقة ، إلا هذا العقد نفسه . وإن أرحم قيامه إلى الموعد المحدد . أي أنه عقد مقرر بأجل : لأقل ولا أكثر . وزبما كان ذلك هو الذي دعا المادة ١٥٨٩ / ١ من مدونة نابليون إلى القول بأن : « الوعد بالبيع يساوي البيع . إذا وجد هناك رضا متبادل من الطرفين على المبيع والتمن » . والرأى الذي نقول به أخذ يلقى قبولا من الفقه <sup>(١)</sup> وعمدت محكمة النقض إلى السير عليه <sup>(٢)</sup> .

---

« تبهينه . ونست مجرد وعود بمقود أخرى ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٧٦ ) .

وانظر كذلك من يقولون بالوعد الثنائي بالعقد : عبد الختم الصده . مصادر الالتزام نبذة ١٠٤ .

(١) راجع Marty et Raynaud . ج ٢ نبذة ١١٣ - جمال ذكي . الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - نبذة ٦١ .

(٢) انظر نقض ٢٥ مايو ١٩٧٢ ، الهاماسة س ٥٦ ص ٨٢ رقم ٦٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع تام ، وليس لمجرد وعد به .

#### ٨١ - التمييز بين الوعد بالعقد وبين الإيجاب :

هناك بعض أنظمة تتشابه مع الوعد بالعقد ، لاسيما الإيجاب إن وقع ملزماً ، والعقد الابتدائي . ويلزم التمييز بين نظامنا وبين غيره . حتى لا يقع اللبس .

فالوعد بالعقد . باعتباره في ذاته عقداً ، يتميز عن الإيجاب ، حتى لو كان ملزماً . فالإيجاب ليس بعقد . فإن التزم صاحبه بالإبقاء عليه في بعض الأحوال - وهذه هي حالة الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول - فإن ذلك لا يرتق به إلى مرتبة العقد . طالما أن القبول لم يقترن به ممن وجه إليه . إذ أن التزام الموجب هنا قائم على مجرد إرادته المتفردة . وهكذا يبدو الفارق جد كبير في طبيعة كل من الإيجاب وعقد الوعد .

يبد أنه إذا كان الفارق كبيراً بين طبيعة كل من الوعد بالعقد وبين الإيجاب به ، إلا أن النتيجة العملية تقترب فهما إلى حد كبير . في الحالة التي يكون الإيجاب فيها ملزماً . فالوعد بالعقد يلزم الواعد بأن يبر بوعده . ويبرم العقد الموعود بإبرامه لصالح الموعود له ، إذا أظهر هذا الأخير رغبته في ذلك خلال المدة المحددة للوعد . بل إن مجرد إبداء الموعود له رغبته في العقد الموعود به ، ووصول تلك الرغبة إلى علم الواعد خلال فترة الوعد ، يقيم ذلك العقد ، حتى إذا كان الواعد قد غير في الحقيقة رأيه . إذ أن القارئ لا يقيم هنا وزناً لنكوله عن وعده . وفي هذا يتشابه الوعد بالعقد مع الإيجاب الملزم<sup>(١)</sup> تماماً . وهو من بعد تشابه ينصب على الأثر الرئيسي الذي يستهدفه كل منهما .

ومع ذلك فإن تشابه الوعد بالعقد مع الإيجاب الملزم في الأثر الرئيسي المترتب على كل منهما ، إلا أنه يبقى بينهما مع ذلك فارق هام ، زيادة على ذلك الذي رأيناه متمثلاً في التخالف في الطبيعة بين كل منهما . ويرجع هذا الفارق الجديد إلى أثر الموت وقد الأهلية على كل منهما .

---

(١) راجع في أثر الإيجاب الملزم ما سبق . نبذة ٦١ .

فالإيجاب ، وإن كان في حد ذاته لا يسقط ، تحت ظل قانوننا المهرى .  
كما سبق لنا أن رأينا <sup>(١)</sup> . موت الموجب أو الموجب له إلا أن من شأن هذا  
الحدث أن يحول دون قيام العقد . فموت الموجب له يجعل صدور القبول منه  
مستحيلاً . ولا يمكن القول بأن الخيار فيه ينتقل إلى ورثته ، لأن الخيارات  
تختلف الحقوق لا توارث . ثم إنه يمكن القول إن الموجب بإيجابه أراد أن  
يتعاقد مع ذات من وجه إليه إيجابه لأمع غيره . أما موت الموجب . فيجعل  
اتصال القبول بعلمه مستحيلاً . وبالتالي لا يستطيع هذا القبول أن يقرن  
بإيجابه . وفق ما سبق لنا أن بيناه في تحينة ، ثم إنه يمكن القول بأن الموجب له .  
بارتضائه الإيجاب . قبل أن يتعاقد مع ذات الموجب لا مع غيره .  
أما الوعد بالعقد ، فلا يكون للموت تأثير عليه ، سواء بالنسبة إلى الواعد  
أو الموعود له . ذلك لأن الوعد بالعقد يختلف الإيجاب ، هو في ذاته  
عقد . وهو بهذه المثابة يرتب على الواعد التزاماً بأن يبرم العقد الموعود به .  
إذا ما ارتضاه الموعود له في الميعاد المحدد . ويرتب للموعود له حقاً مقابلاً  
في ذلك . فإن مات الواعد انتقل الالتزام إلى ورثته . ينتقل إلى تركته .  
وحق للموعود له أن يتمسك بقيام العقد للموعود به في مواجهة ورثته .  
في جلود تركته . أما إذا مات الموعود له ، انتقل حقه إلى ورثته ، وساغ لهم  
أن يتمسكوا بقيام العقد في مواجهة الواعد ، إذا ما جاء رصاصهم به في ميعاده .  
وذلك ما لم يكن الوعد قد صدر للموعود له بمراجعة شخصه .

#### ٨٢ - التمييز بين الوعد بالعقد وبين العقد الابتدائي :

كما أن الوعد بالعقد يتميز عن الإيجاب . وإن كان ملزماً . فإنه يتميز  
أيضاً عن العقد الابتدائي . صحيح أن الوعد بالعقد والعقد الابتدائي يتشابهان  
في كون كل منهما عقداً تام التكوين . وصحيح أيضاً أنهما يتقاربان - وإن  
لم يتماثلا - في أن كلا منهما ، وإن كان في ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو  
آخر المطاف . وليس هو في ذاته المقصود في نهاية الأمر ، وإنما هو عقد



تمهيدى يستهدف أمر آخر ، قد يكون عقداً جديداً ، وقد يكون مجرد إعادة صياغة للعقد قائم . وهذا ما يمكن معه بشئ من التجاوز ، جمعهما معاً تحت ما يطلق عليه : عقد ما قبل العقد *avant contrat* . ولكن العقدين مع ذلك كله مختلفان اختلافاً جديراً<sup>(١)</sup> .

فالوعد بالعقد ، وإن كان في ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو العقد المقصود في النهاية . وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه . فهو عقد يرمى إلى الوصول إلى عقد آخر مختلف في ذاته عنه . فالوعد بالبيع ، مثلاً ، يستهدف الوصول إلى البيع . ولكنه في ذاته ليس هو البيع . وعقد الوعد في سبيل الوصول إلى الغاية منه ، يحمل أحد طرفيه - وهو الواعد - التزاماً بأن يبرم العقد الموعود به لصالح الطرف الآخر - وهو الموعود له - إذا ما ارتضى هذا الأخير قيامه خلال الميعاد المحدد . وهكذا فالعقد المقصود في النهاية لا يقوم إلا إذا ارتضى الموعود له قيامه في الميعاد المحدد . وليس عليه في ذلك إلزام . بل الأمر أمره ومترك لخياره .

أما العقد الابتدائي ، فهو ، كما سبق لنا أن رأينا<sup>(٢)</sup> ، نفس العقد المقصود أولاً وأخيراً . كل ما هنالك أنه ، لعله خاصة . أبرم في صيغة أو شكل أولى . انتظاراً لإعادة صياغته من جديد في ثوبه النهائي . وعلى ذلك فإنظر فإن كلاهما ملتزمان بالعقد المقصود في النهاية . ولا حاجة لقيام هذا العقد إلى رضا جديد من أيهما . بل إنه ليس لأيهما عنه فكاك . فالعقد الابتدائي بالبيع هو في ذاته بيع كامل ، وينتج كل آثار البيع ، فيما عدا ما يتطلب منها

(١) يلاحظ أن الخلط بين العقد الابتدائي والوعد بالعقد ورد في المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى الذى تشتمل أصل المادة ١٥١ من القانون . فقد جاءت تلك المادة تقول : « الاتفاق الابتدائي الذى يبرم بموجبه المتعاقدان أو أحدهما ببرنامج عقد معين فى المستقبل . . . » . وعبارة « الاتفاق الابتدائي » ترجمة غير موفقة للاصطلاح الفرنسى *convention préliminaire* أى الاتفاق الأول أو التمهيدى . وقد حذفنا العبارة السابقة من النص الذى نجاد يقول في بدايه : « الاتفاق الذى يبرم بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما . . . » ، لما لوغظ من أن العقود الابتدائية هى عقود نهائية ( راجع مجموعة الأعمال التشريعية ج ٢ ص ٧٣ وما بعدها ) .

(٢) راجع ما سبق ، لينة ٧٩ .

إجراء معيناً لا يتوافر فيه ، كما هو الشأن بالنسبة إلى نقل الملكية في العقار ، حيث لا يكون إلا بالتسجيل ، وهو إجراء لا يلحق إلا العقد النهائي أو ما يقدّم مقامه ، وهو الحكم القاضي بصحة العقد ونفاذه . بل إن عقد البيع الابتدائي يؤيد بذات نفسه التزاماً على البائع بالعمل على نقل الملكية إلى المشتري ، مما يقتضي منه وجوب القيام بكل ما يلزم من جانبه لتكثيف المشتري من إجراء التسجيل . فإن لم يمتثل لمقتضى التزامه ، كان للمشتري أن يعمل على وصوله إلى تنفيذه عيناً ، وذلك برفع دعوى صحة ونفاذ البيع ، حيث يقوم الحكم الصادر فيها مقام العقد النهائي ، فإن سجل انتقلت الملكية . وهكذا فالعقد الابتدائي يمكن له أن يصل بالمشتري إلى نقل الملكية إليه ، حتى لو امتنع البائع عن المساهمة في إجراء العقد النهائي .

### ٨٣ - أركان الوعد بالعقد :

الوعد بالعقد ، هو في ذاته عقد ، كما بينا . ويرتب على ذلك وجوب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة التي تقوم عليها العقود في مجموعها ، وهي الرضاء والمحل والسبب . فلا بد إذًا أن يترضى الواعد والموعود له على الوعد<sup>(١)</sup> . وأن يكون كل منهما متمتعاً بالأهلية اللازمة لإبرامه<sup>(٢)</sup> ، وأن يجبي رضاؤه خالياً من العيوب . ثم يلزم أن يكون العقد الموعود بإبرامه ، وهو محل الوعد مشروعاً . كما أنه يتحتم ، في النهاية ، أن يكون للواعد سبب يدفعه إلى التحمل بالوعد ، وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

بيد أن توافر الأركان اللازمة في العقود عموماً لا يكفي لقيام الوعد بالتعاقد .

---

(١) ولا يعتبر رضا الطرفين حل الوعد قائماً إلا إذا توافقت إرادتهما على المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه كالبيع والتمن بالنسبة إلى عقد البيع ، فإن اختلفا في شأنها ما قام الوعد .  
(٢) والأهلية اللازمة في الوعد هي نفس الأهلية التي يجب توافرها فيه لو أنه أبرم العقد الموعود بإبرامه . فالأهلية التي يلزم أن تتوافر في الواعد بالبيع ، مثلا ، هي نفس الأهلية المطلوبة فيه لو أنه باع الشيء الذي وعد بيبه . والسبب في ذلك أن الوعد يلزم الواعد بإتمام العقد الموعود بإبرامه إذا رغب فيه الموعود له . أما الموعود له ، فتكفي فيه أهلية الافتشاء ، أي أهلية الصبر المميز الذي يبلغ السابعة من عمره ومن في حكمه . إذ أن الوعد لا يرتب أي التزام حل الموعود له ، فهو يمود عليه بالنفع المحض .

فإلى جانبها ، يلزم توافر ركنين آخرين في جميع حالات الوعد بالتعاقد ،  
 ثم ركن ثالث في حالات خاصة منه ، وهي تلك التي يكون فيها العقد الموعود  
 بإبرامه شكلياً . حيث يلزم أن يحى الوعد ذاته في نفس الشكل . وقد تضمنت  
 المادة ١٠١ الأركان الخاصة بالوعد بالتعاقد ؛ وهي في ذلك تقضى بأنه :  
 ١ - الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في  
 المستقبل لا ينعقد . إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه .  
 والمدة التي يجب إبرامه فيها . ٢ - وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء  
 شكل معين . فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد  
 بإبرام هذا العقد .

فيلزم ، لكي يقوم الوعد بالعقد ، أن يتوافر فيه ، إلى جانب الأركان  
 اللازمة في العقود بصفة عامة ، الأركان الخاصة به ، وهي الآتية :

- ١ - يلزم أن يتضمن الوعد ، إلى جانب طبيعة العقد الموعود بإبرامه .  
 بيعاً مثلاً . كان أم إجباراً <sup>(١)</sup> ، جميع المسائل الجوهرية لهذا العقد . ويقصد  
 بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه الأمور التي لا ينعقد هذا العقد بغير  
 التراضي عليها . فهي ، بالنسبة إلى البيع ، الشيء المبيع والتمن <sup>(٢)</sup> ؛ وهي .  
 بالنسبة إلى الإيجار ، العين المؤجرة والأجرة <sup>(٣)</sup> ، وهي بالنسبة إلى الرهن .  
 العين المرهونة والدين المضمون . فلا يكفي . مثلاً ، لقيام الوعد بالبيع .

---

(١) حل أنه لا يلزم بداهة أن تكون طبيعة العقد الموعود بإبرامه مبيعة في الرمد بياناً قانونياً  
 دقيقاً وسليماً . فذلك مسألة تكييف ، والتكييف ليس من شأن المتعاقدين . وإنما المقصود هنا  
 أن تكون معالم الصيغة المقودة واضحة ومبينة بياناً كافياً نافيّاً بجهالة .  
 (٢) ولا يلزم أن يكون التمن محدداً في الوعد تحديداً حسابياً ، أي بذات مبلغه ، وإنما  
 يكفي أن يتضمن الوعد أساساً سليماً لتحديد ، كما إذا حدد التمن على أساس نسبة من أجرة العين  
 ( انظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض ص ١٦ ص ١٢٩١ ) .

(٣) أما مدة الإيجار ، فهي وإن كانت ركناً في العقد ، إلا أنه ليس من المهم أن يمرض  
 لها المتعاقدان مباشرة ، لا في عقد الإيجار ذاته ، ولا في عقد الوعد به . إذ أن القانون ، في مثل  
 هذه الحالة ، يفترض أن المتعاقدين قد قصدا أن تكون مدة الإيجار هي تلك المحددة لنفع الأجرة  
 ( راجع المادة ٥٦٣ ) .

أن يعد شخص بأن يبيع لآخر منزله . إذا لم يكن قد جدد الثمن الذي يعد بأن يحصل البيع على أساسه .

والمعيار الذي يجب مراعاته لمعرفة ما إذا كانت المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه متعينة في الوعد من عدمه هو التساؤل عما إذا كان من شأن هذا العقد أن يقوم بمجرد أن يقول الموعود له قبلته ، دون حاجة إلى الاتفاق على شيء آخر . أم لا . فإذا كان الأمر الأول . فإن تعيين المسائل الجوهرية يعتبر حاصلاً . وإلا فلا (١) .

٢ - ويلزم أن يتضمن الوعد المدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها إذا ما ارتضاه الموعود له . فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد . وقع باطلا . بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحاً . بل يكفي أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال . كما إنه لا يلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديداً عددياً . بالأيام أو الأشهر أو السنين مثلاً . وإنما يكفي أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليماً من شأنه أن يمكن قاضي الموضوع من إجرائه على نحو سائى ومقبول (٢) .

(١) انظر نقض ٢١ إبريل ١٩٧٣ ضمن ١١ / ٣٧ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ قاعدة ١١٥ . وقد جاء في هذا الحكم : « يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة ١٠١ من القانون المدني أن يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه . فضلاً عن المدة التي يجب إبرامه فيها ، وذلك حتى يكون أسيل مهياً لإبرام العقد النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، دون حاجة إلى الاتفاق على أي شيء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية انعقد الموعود بإبرامه أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التي يرى المتعاقدان الاتفاق عليها والتي ما كان العقد يتم بدونها » . وانظر أيضاً نقض ١١ / ٢٣ ، ١٩٦٤ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ١١٥ . وقد قضى هذا الحكم بطلان وعد بالبيع لعدم تضمته الاتفاق على شروط أساسية للبيع ، واحتفاظ الواعد بحق البعث فيها مستقبلاً .

(٢) انظر نقض ٣٠ مارس ١٩٧٧ ، مجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٦٤ قاعدة ١٥١ . وتتلخص واقعات الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن شخصاً أجر لآخر شقة في عمارته ، ونظراً لضعفها ، وعدمه بأن يؤجر له بها أي شقة أخرى تخلف عن عمارته وتكون له أرفع ، من غير أن يتضمن الوعد مدة محددة تحليفاً صارماً لسريانه . حلت بالفضل شقة في المارقة بدله أكثر من ثمانية سنوات ، وأعطى المستأجر مالك المارقة برغبته في استئجار إحداها . ولكن هذا الأخير شغلها بغيره . فرفع المستأجر الموعود له دعوى يطالب فيها بإيفاء الوعد . ونقضت =

٣- الركبان السابقان يكفیان لقيام الوعد بالعقد بوجه عام ، على فرض توافر الأركان العامة في مجموع العقود ، وهي التراضي والاختيار والميبىء . بيد أنه في نوع معين من الوعد بالعقد . وهو الوعد بإبرام العقود الشكلية ، يلزم توافر ركن ثالث . هو أن يجئ الوعد في نفس الشكل الذى يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه . فإذا تطلب القانون . لقيام عقد معين ، شكلاً خاصاً ، وجب لقيام الوعد بإبرام هذا العقد ، أن يجئ في نفس الشكل ( المادة ١٠١ / ٢ مدنى ) . وتطبيقاً لهذه الفكرة ، يقع باطلا الوعد بالزمن

= محكة الاستئناف بصحة الوعد بالتأجير ، وحدثت له مدة تسع سنوات ، وعل أساس ذلك قفت بضكين الموعود له من إحدى الشقتين الخاليتين . وأيدت محكة النقض هذا القضاء من محكة الموضوع . وجاء في حكمها : « لما كان الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد بمقتضاه يتعهد صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب في استئجارها ، وكان هذا العقد وفقاً للمادة ١٠١ من القانون المدنى يعتبر ملزماً لمن صدر منه بشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار وأن تحدد فيه المدة التى يجوز فيها إلزام الواحد بإتمام الإيجار خلالها ، وكان الاتفاق على تحديد هذه المدة لا يشترط أن يكون صريحاً ، بل يجوز أن يكون ضمناً ، فيحق للقاضى أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة التى يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار ، لما كان ذلك وكان الوعد بالإيجار نظار النزاع قد خلا من تقدير المدة التى يجوز فيها إلزام الطاعن ( الواعد ) بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه ( الموعود له ) ، فإنه لا تريب على محكة الموضوع إن من قدرت المدة التى اعتبرتها معقولة في نطاق ما تستقل به من سلطة تقديرية وفق مقصود الماتدين .

وهذا الحكم من محكمتنا العليا محل نظر عندنا . فتحديد المدة التى يلتزم فيها الواعد بإنفاذ وعده لم يأت ضمناً كما ذهب المحكة ، وإنما صرح فى العقد بأساس لتعديدها ، وهو خنوشة متنبية فى الصارة ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وغير معروف وقته إذا قدر له أن يكون . وهكذا فأساس تحديد المدة في خصوصية الدعوى غير سليم ، الأمر الذى يبنى معه القول بخنوشة الوعد بالإيجار من تعيين المدة التى يجب إبرام الإيجار خلالها . والدليل على صحة ما نقول أن محكة الموضوع حددت مدة الوعد بتسع سنين ، وهو تحديد قام على بعض التحكم منها . فلا يستبين من واقعات القضية المنشورة أى دليل عليها . وليس صحيحاً ما ذهبت إليه محكمتنا بإنشاء من أن محكة الموضوع أن تحدد مدة الوعد عند علم تحديد الماتدين بإيجار ، مادامت المدة التى تحدد معقولة . فبالأمر ليس مجرد رخصة لمحكة الموضوع تقديره بما تراه مادام تقديره معقولاً ، ولأنه يلزم أن يكون لهذا التقدير أساس واضح من مقصود الماتدين من شأنه أن يبعد القاضى عن التحكم فيما يحلده .

الرسمى أو الوعد بالهبة . إذا جاء فى ورقة عرفية (١) ، حيث إن القانون يستلزم الرسمية لقيام الرهن الرسمى ( المادة ١٠٣١ / ١ ) ، كما يستلزمها فى

(١) وقد وردت فى مذكرة المشروع التمهيدى ( انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٥ ) عبارة أحدثت بلبله فى الفقه . فقد جاء فى هذه المذكرة : « ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمى لا يكون خلواً من أى أثر قانونى ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى إلى إتمام التعاقد المقصود فعلاً ، فهو بذاته تماقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً مبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن نضبان الوفاء به » .

وقد دقت هذه العبارة بمضى الفقهاء إلى القول بأنه إذا استلزم القانون أن يحى الوعد فى نفس الشكل المطلوب لقيام العقد الموعود بإبرامه ، فإن ذلك لا يشترط لذات انعقاد الوعد . ولكن فقط لجرد إمكان الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الموعود بإبرامه ( انظر فى هذا الحى : سليمان مرقس ، نظرية العقد ، نبذة ١١٣ ، والتأمينات المالية ، نبذة ٦٩ - السبورى ، المرجع السابق نبذة ١٣٥ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٣٥ . ولا يمكن التسليم بهذا الرأى . فالشكل ركن فى الوعد لا يقوم بغير توافره . ثم إن مقومات هذا الرأى تتباثر . فهو ، من ناحية ، يقول بأن الوعد الذى يتخلف فيه الشكل يقع صحيحاً ، ويرتب على الواعد التزاماً بإبرام العقد الموعود به . وهو ، من ناحية أخرى ، يقول باستحالة استصدار حكم بيقاع هذا العقد ، إذا امتنع الواعد عن إبرامه اختياراً . وفى هذا حى يقتضى مع المنطق . فما دام الوعد صحيحاً ، ومادام هو يرتب التزاماً بإبرام العقد الموعود به ، فما الذى يمنع من استصدار حكم بيقاع هذا العقد ، إذا اقتضت الضرورة ذلك ! فهذا الإجراء لا يخلو أن يكون تنفيذاً حقيقياً لذلك الالتزام .

والرأى الذى نراه صواباً ، وفقاً لما يظهر من نص المادتين ١٠١ و ١٠٢ ومن القرض الذى استلهمه المشرع من استلزام أن يحى الوعد فى نفس الشكل المطلوب لقيام العقد الموعود بإبرامه ، هو أن تخلف الشكل فى الوعد بالتعاقد ، عند لزومه ، يجر إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً ، لتخلف ركن من أركانه . فالوعد بالرهن الرسمى ، إذا جاء فى ورقة عرفية ، وقع باطلاً أصلاً ، وتشابه بذلك مع الوعد بالهبة . وإن كان القانون قد خص الوعد بالهبة بنص يصرح ببطلانه إذا لم يثبت فى الشكل الرسمى ( المادة ٤٩٠ ) . انظر فى نفس الرأى الذى ذهبنا إليه : جبال زكى ، المرجع السابق نبذة ٦٢ والخامس .

وإذا كان الوعد بالرهن الرسمى الذى يتخلف عنه الرسمية يقع باطلاً ، فإنه يمكن إعمال نظرية تحول العقد فى شأنه إذا توافرت شروطها ، فيقوم على أنقاضه عقد وعد بتقديم تأمين نضبان الدين دون تحديد لذاتيته ، الأمر الذى من شأنه أن يسقط أجل الدين عند عدم تقديم هذا التأمين . إذا كان للدين أجل . راجع فى ذلك : مؤلفا التأمينات الشخصية والمالية ، نبذة ١٩٦ .

المبة مالم تَمَّ تحت ستار عقد آخر من عقود المعاوضات ، أو وردت على منقول وتم إقباضه ( المادة ٤٨٨ ) .

والحكمة من تطلب ورود الوعد في نفس الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ظاهرة . إذ أن الوعد بإبرام عقد معين ، إذا قام صحيحاً ، كان من شأنه أن يؤدي إلى قيام هذا العقد ، إذا رغب فيه الموعود له ، كما سنبينه بعد قليل . فإذا ساء أن ينبئ الوعد في غير الشكل الذي يرسمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ، لأمكن بذلك لهذا العقد الأخير أن يقوم من غير اتباع ذلك الشكل . وبهذا يتمثل الوعد بالعقد طريقاً للإفلات من الشكل الذي يستلزمه القانون <sup>(١)</sup> .

#### ٨٤ - أثر الوعد بالعقد :

إذا قام الوعد بالعقد <sup>(٢)</sup> . أتصبح أثره . وقد جاءت المادة ١٠٢ . في شأن تحديد هذا الأثر . تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر ضالِّبَ تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة تنبأ

---

(١) راجع في ذلك المذكرة الإيضاحية من المادة ١٥٠ من المشروع النهائي ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٣ و ٧٤ ) . وقد جاء فيها : « ... أما فيما يتعلق بالشكل ، فلا يشترط وضع خاص ... إلا إذا كان القانون يعلق صفة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين . ففي هذه الحالة ، ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق النهائي نفسه . ويوجه هذا النظر إلى أن إغفال هذا الاحتياط يمين على الإفلات من قيود الشكل الذي يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدي إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكون لبلوغ هذه الغاية أن يمدد المتعاقدان عن إبرام العقد الذي يرغب في الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويمددا إلى عقد اتفاق تمهيدي أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدران حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتنازع لهما أن يصلا عن طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها » .

(٢) واستخلاص وجود الوعد أو عدم وجوده من عبارات العقد ذاتها لا تدل أن تكون مسألة تفسير ، ومن ثم فهو يدخل في سلطة قاضي الموضوع التفسيرية ( نقض ١٩٥٧/٦/١٣ ) . مجموعة النقض من ٨ ص ٥٧٦ قاعدة ( ٦٤ ) . أما تحديد ما إذا كان الوعد قد قام من عدمه بانظر إلى توافر أركانه أو انتفاءها ، فهو بالضرورة مسألة قانون ، ومن ثم فهو يخضع لرقابة محكمة النقض .

العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة . . قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد .

ومن شأن هذا النص أن يثير اللبس ، لا بالنسبة إلى الواجب أن يبر الواعد بوعده . ولا بالنسبة إلى تحمله بالالتزام بإبرام العقد الموعود بإبرامه إذا ما أبدى الموعود له رغبته فيه خلال المدة المحددة . فهذا الأمر وذلك واضحان بيننا الموضوع . ولكن النص يثير اللبس بالنسبة إلى كيفية قيام العقد الموعود به ، إذا ما أبدت من الموعود له الرغبة فيه في مياعدها . وإلى وقت قيامه . فإذا أبدى الموعود له رغبته وكانت في مياعدها . وامتلل الواعد لرغبته تلك وحرر معه العقد الموعود به في تاريخ تال ، فهل يعتبر العقد أنه قد قام عند إبداء الموعود له رغبته فيه أم عند تحريره ؟ وإذا نكل الواعد عن وعده ، برغم إبداء الموعود له رغبته في مياعدها . وقاضاه هذا الأخير . فهل يحكم القاضي بإيقاع العقد بحكم إنشائي ، فيرجع قيامه إلى تاريخ صدوره . أم أن القاضي يحكم بتقرير وفروع العقد من تاريخ إبداء الموعود له رغبته فيه ؟

إن نص ( المادة ١٠٢ ) لا يقطع في هذا الأمر بقول فصل . بل إن صياغته قد توحى إلى أنه إلى الرأي الثاني أقرب . ومع ذلك فإن الرأي الذي نراه حيوياً ومتفقاً مع حكم القانون هو أن العقد الموعود به يقوم بمجرد أن يبدى الموعود له رغبته في إبرامه . وتتصل رغبته تلك إلى الواعد . طالما كان ذلك كله في الميعاد المحدد للوعد . ذلك لأن الواعد لا يتحمل فقط بالالتزام بإبرام العقد الموعود به . إذا ما أبدت الرغبة فيه في مياعدها . وإنما يلتزم أيضاً بالإبقاء على الوعد بالصفقة قائماً طوال الميعاد . بحيث إن العقد الموعود به يقوم من فوره بمجرد حصول الرغبة واتصالها بعلم الواعد . ولا يمكن لعقد الوعد هنا - وهو في ذاته عقد - أن يكون أدنى أثراً من الإيجاب الملزم الذي هو قائم على مجرد إرادة منفردة من الموجب . وهكذا فإذا نكل الواعد عن وعده . وقاضاه الموعود له . وصدر الحكم بإيقاع العقد الموعود به : فإن هذا العقد يعتبر قائماً من تاريخ إبداء الرغبة واتصالها بعلم الواعد . فالحكم هنا يعتبر تقريرياً وليس إنشائياً . وهذا الذي وصلنا إليه يسر عليه الفكر القانوني في مصر



قبحاً<sup>(١)</sup> وقضاء<sup>(٢)</sup> . وإن كان جوهر المسألة وما يمكن له أن يثبته من خلاف لم يحط باهتمامه أصلاً . أما في الفكر القانوني الفرنسي ، فالمسألة لا زالت مثاراً للخلاف .

..... هكذا نصل إلى أن العقد الموعود بإبرامه يقوم بمجرد أن يرتضيه الموعود له<sup>(٣)</sup> ويتصل رضائه به بعلم الواعد ، طالما حصل ذلك كله في الفترة المحددة لبقاء الوعد<sup>(٤)</sup> .

(١) انظر : السجوي ، الوسيط ج ١ نوبة ١٣٩ - عيد الخمر الصمد ، المرجع السابق نوبة ١٠٧ - بهال ذكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نوبة ٦٣ .

(٢) انظر : نقض ٢١ إبريل ١٩٧٣ ملن ٣٧/١١ في مجموعة النقض س ٢٤ ص ٤٩ - قاعدة ١١٥ .

(٣) عل أنه لا يمتد برضاء الموعود له إلا إذا جاء على نحو ما تضمنه الوعد . فإذا قبل الموعود له إبرام العقد ، ولكن على نحو يتفاير مع ما اتفق عليه في الوعد كشروط له ، فإنه لا يقوم أصلاً . راجع في ذلك نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ ملن ٣١/١٩٨ في مجموعة النقض س ١٦ ص ١٢٩١ قاعدة ٢٠٢ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن شركة البيسي كونز استأجرت قطعة أرض من شخص معين ، استحصلت منه على وعد ببيعها لها إذا رغبت في شرائها في ميعاد محدد ، وذلك بشن يتحدد على أساس الأجرة السنوية ( عشرون ضعفاً ) ، وكانت الأجرة نفسها محددة على أساس يدخل فيه من زجاجات البيسي كولا . أبدت الشركة رغبتها في البيع في الميعاد ولكن على أساس فمن رآته الحكمة غير متفق مع الأساس الذي تضمنه الوعد . فرفضت المحكمة بعلم قيام البيع . وجاءت في حكمها تقول : « لما كان يشترط قانوناً لانعقاد العقد في حالة ما إذا أبلس الموعود له رغبته في التصاقه - مطابقة لإرادته لإرادة الواعد التي عبر عنها في وعده مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية التي تناوذا التصاقه - فإذا اقررت هذه الرغبة بما يمدل في الوعد ، فلا ينعقد العقد ، ما لم قبل الواعد هذا التصاق . إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد . فلا ينعقد العقد به إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر - وكانت محكمة الموضوع قد استخلصت . بأسباب سائفة وفي نطاق سلطتها الموضوعية أن إرادة طرفي العقد تطابق بشأن ركن اثنين ، لأن الشركة أظهرت رغبتها في الشراء بشن يقل عن الشن المتفق عليه في العقد والذي صدر الوعد من المظنون ضده على أساسه ... فإن الحكم إذا انتهى إلى أن البيع لم ينعقد ... فإنه لا يكون قد خالف القانون » .

(٤) ويمكن لقيام العقد الموعود بإبرامه أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضائه بعلم الواعد في المدة المحددة ، فلا يلزم بعد ذلك أن يقوم الموعود له بالوفاء بالالتزامات التي يرتبها عليه العقد الذي ارتضاه ، ما لم يتفق في الوعد على غير ذلك ، وما لم يستدل من سكوت الموعود له على أنه أراد أن يوجب للواعد بالتقابل عن العقد الذي قام . وفي مثل هذه الحالة ، إذ قبل الواعد بوفوره =

أما قبل ارتضاء الموعود له العقد الموعود بإيرامه ، فليس يوجد إلا عقد الوعد . أما العقد الموعود بإيرامه فليس بقاءً بعد . فإذا وعد شخص . مثلاً آخر بأن يبيعه منزله ، إذا رغب في شرائه خلال سنة ، فطالما أن هذا الوعد لم يقترن بارتضاء الموعود له قيام العقد الموعود به ، فالبيع غير قائم ولا ينتج آثاره . ويترتب على ذلك أنه لا يحق تسجيل الوعد بالبيع ، إذا ورد في شأن عقار ، وهو إن سجل . ما كان لتسجيله أثر . وتبقى ثمار الشيء الموعود يبيعه للواعد . ولا تكون للموعود له إلا بعد أن يرتضى الشراء في الميعاد المحدد للمعد . وابتداء من تاريخ ارتضاءه إياه ، بل من التاريخ الذي يعلم فيه الواعد بهذا الرضاء .

وغنى عن البيان أن العقد الموعود بإيرامه لا يقوم ، إعمالاً للوعد ، إلا إذا ارتضاء الموعود له واتصل رضاؤه بالواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد . أما إذا انقضت تلك المدة . من غير أن يتصل بعلم الواعد رضاء الموعود له . فإن الوعد يسقط من فوزه ومن تلقاء نفسه . وتبرأ ذمة الواعد نهائياً ، وذلك دون حاجة من الواعد إلى أن يتخذ إجراء ما كتنبيه أو إنذار (١) .

وموت الواعد أو الموعود له لا يؤثر في إمكانية قيام العقد الموعود به . إذا حصل الرضاء به في ميعاده . فالوعد بالعقد لا يسقط بالموت .

فإذا مات الواعد ، بقى للموعود له خياره في قيام العقد الموعود به . ليباشره في مواجهة ورثة الواعد ، حتى إذا ما صدر رضاؤه بذلك العقد على

---

= تنقيحاً لإن صراحة وإن دالة ، اعتبر العقد الموعود بإيرامه أنه قد قام فعلاً ، ولكنه لم يلزم قيمته . واستخلاص حصول التقايل هنا من علمه مسألة واقع ، ويدخل بالتالي في سلطة قاضي الموضوع التقديرية . انظر فيما سبق نقض ١٣ يونيو ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٥٧٦ قاعدة ٦٤ .

(١) انظر نقض ٦ مايو ١٩٥٤ ، مجموعة النقض س ٥ ص ٨٣٤ قاعدة ١٢٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه متى كان المظعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً لطاعن إذا قبل ذلك وقام بدفع الثمن خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذا كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المظعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار أو تنبيه ، إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته في الشراء .

نحو ما يتطلبه القانون ، قام وانعقد . وإذا مات الموعود له ، انتقل خيار قيام العقد الموعود به إلى خلفائه ، ما لم يكن الوعد قد أعطى له بمراجعة شخصه .

#### ٨٥ — التعاقد بالعربون :

الأصل في التعاقد أنه بات ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحلل منه . ولكن يسوغ في بعض الأحيان أن يتم التعاقد ، على أن يكون لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته . ومن أبرز هذه الحالات : التعاقد بالعربون : وهذا النوع من التعاقد شائع في العمل : لاسيما في البيع والإيجار .

والعربون <sup>(١)</sup> les arrhes هو مبلغ من النقود ، أو أى شئ آخر غيره . يقوم أحد المتعاقدين بإعطائه للآخر عند التعاقد . وإن كان الغالب في العمل أن يقتصر العربون على النقود .

وقد عمد القانون المدني المصري إلى تنظيم التعاقد بالعربون : وذلك في المادة ١٠٣ منه ، التي جاءت تقضى بأنه : ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ — فإذا عدل من دفع العربون ففده . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر .

وسوف نتناول العربون في دلالته ، ثم نتكلم في خيار العدول عن العقد المقترن به ، لنعقب بأثر هذا العدول ، ونكمل بالكلام في استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المقترن بالعربون . لننتهى بعرض نظام العربون في الفقه الإسلامى .

#### ٨٦ — دلالة العربون :

قيام أحد المتعاقدين بدفع العربون للآخر ، عند إبرام العقد . يستهدف إحدى غايتين أساسيتين ، وفقاً لما تقصده الإرادة المشتركة . فقد يقصد المتعاقدان ،

---

(١) ويقال في اللغة : العربون (بضم العين أو فتحها) ، كما يقال أيضاً عربان (بضم العين) .

البائع والمشتري مثلاً ، من دفع العربون ، منح أحدهما أو كليهما جيلو العدول  
عن العقد للذى أبرماه . أى أنهما يقصدان . من العربون أن يكون عربون  
عدول . وقد يقصد المتعاقدان من دفع العربون عكس ماسبق ، أى تأكيد  
إبرام العقد . وجعله باتاً نهائياً لا رجوع فيه ولا تنكوص عنه . وذلك عن  
طريق تعجيل جزء من المقابل الذى يلتزم به أحدهما . أى الثمن . مثلاً .  
بالنسبة إلى عقد البيع . وهنا يكون المقصود هو عربون البتات . فالأمر فى  
تحديد ما إذا كان العربون هو عربون رجوع أم عربون بتات مرده إلى قصد  
العاقدين عنه إبرام العقد (١) .

ولكن قصد العاقدين قد يفهم على القاضى . فترك دفع العربون وراءه  
ظلال الشك فى أمره . وهنا يثور التساؤل حول الاتجاه الذى يفسر فيه هذا  
إنشك . إذا ما قعدت وسائل التفسير عن تبديده : أيفسر على نحو أن العاقدين  
قد قصدا من دفع العربون تأكيد قيام العقد . ومن ثم بتاته : أم يفسر على أنه  
يفيد أنهما قصدا به ثبوت خيار الرجوع فى العقد ؟ وبعبارة أخرى :  
أيفسر دفع العربون على أن العاقدين قد قصدا به أن يكون عربون بتات  
أم عربون رجوع ؟

وفى سبيل الأخذ بهذا الاتجاه أو ذاك . اختلفت تقنيات الدول وتباينت  
أحكامها (٢) . وجاء القانون المصرى يفسر فى اتجاه عربون الرجوع ،

(١) انظر : نقض ٣٠ إبريل ١٩٧٠ . طعن ٣٦/٦ فى مجموعة النقض س ٢١ ص ٧٤٣

قاعدة ١٢

(٢) فمن كان من تلك التقنيات جرماني النزع سار فى اتجاه عربون البتات . كالقانون  
الألماني ( المادة ٣٣٦ ) ، والقانون السويسرى ( المادة ١٥٨ من مدونة الالتزامات ) ، والقانون  
اليونانى ( المادة ٧٤ ) . أما التقنيات اللاتينية النزع ، فلم تتفق كلمتها ، وسار البعض منها  
فى اتجاه عربون الرجوع . كالقانون الفرنسى ( المادة ١٥٩٠ ) ، والبعض الآخر فى اتجاه  
عربون البتات ، كالقانون الإيطالى القديم ( المادة ١٢١٧ ) ، ومشروع القانون الفرنسى  
الإيطالى ( المادة ١٧٠ ) ، والقانون التونسى ( المادة ٣٠٣ ) والقانون المغربى ( المادة ٢٨٨ ) .  
وحذا حتى القانون المصرى أكثر قوانين البلاد العربية الأخرى التى استوحته ، فسارت بدورها  
فى اتجاه عربون الرجوع ، كالقانون السوري ( المادة ١٠٤ ) ، والقانون الليبى ( المادة  
١٠٣ ) ، والقانون الكويتى ( المادة ٧٤ ) . ولم يخالف هذا الاتجاه إلا القانون العراقى حيث  
اعتبر المربون ، عند الشك ، عربون بتات ( المادة ٩٢ ) .

باجعلا من دفع العربون ، وقت إبرام العقد ، قرينة قانونية على أنه يفيد  
منع كل من المتعاقدين حق المدول ، أو خيار المدلول ، عن العقد الذي  
أبرماه ، وذلك إلى أن يثبت تسهما قصدا غير ذلك إن صراحة أو ضمنا .  
وفي ذلك تنقضي المادة ١٠٣ / ١ بأنه : « دفع العربون ، وقت إبرام  
العقد ، يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في المدول عنه ، إلا إذا قضى  
الاتفاق بغير ذلك » . وقد جاء هذا النص متجاوزاً ما في السيلدعر في مصر (١) .

وهكذا فدفع العربون يقوم قرينه على أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون  
أكل منهما خيار المدول عن العقد الذي أبرماه . وذلك دون اعتداد بإرادة  
الطرف الآخر . بشرط أن يكون هذا الدفع قد تم عند التعاقد ، لا بعد ذلك .  
بيد أن هذه القرينة بسيطة . فيجوز دحضها بإقامة الدليل على أن إرادة  
المتعاقدين المشتركة قد اتجهت . صراحة أم ضمناً « إلى ما يخالفها » (٢) . ويجوز  
دحض هذه القرينة بكل طرق الإثبات ، بما فيها البيئة والقرائن (٣) . والمسألة  
من بعد مسألة واقع . وتختلف باختلاف ظروف كل حالة ، ومردها .  
في النهاية . لتقدير قاضي الموضوع . الذي يعمل . من خلال أدلة الإثبات

(١) جاء الشروع التمهيلي ، في المادة ١٥٢ من « جاعلا من دفع العربون وقت إبرام  
العقد دليلاً على بقاءه ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك » . ولكن عدل عن هذا الاتجاه وتغير  
النص على النحو الذي جاء به المادة ١٠٣ من القانون لتصبح دلالة العربون على أنه عربون  
رجوع ما لم يتفق العاقدان على بقاءه . وجاء تبريراً لهذا القول أنه قصد به التمسك مع العرف  
السائد في بلادنا ( انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٨٠ وما بعدها ) .

(٢) انظر نفس ١٩٧٠ / ٢ / ٢٦ طعن ٥٦ / ٣٥ مجموعة أحكام النقض من ٢١  
ص ٣٤٤ قاعدة ٥٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن « مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدني  
أن دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على جواز المدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة  
أو ضمناً على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد ، فيعتبر المدفوع تنفيذاً له جزءاً من الثمن » .  
(٣) ومن القرائن التي تدل على ما يخالف القرينة التي يقيمها القانون والمنشئة في اعتبار  
العربون عربون رجوع ، أن يكون المبلغ المدفوع كبيراً ، كما إذا اشترى شخص سيارة ، مثلاً ،  
بألف جنيه ، ودفع من الثمن خمسمائة أو أكثر . فحسامة المبلغ المدفوع بالنسبة إلى الثمن المطلوب ،  
تنبض بذاتها قرينة ، وإن لم تكن قاطعة ، على أن المتعاقدين لم يقصدا أنه يكون عربوناً بخولا  
حق المدول عن البيع ، وإنما قصد به أن يكون جزءاً معجلاً من الثمن في بيع بات لا رجوع فيه .  
والأمر من بعد متروك لتقدير قاضي الموضوع .

المقدمة له ، على أن يستظهر منها ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد قصبت مخالفة القرينة التي يقيمها القانون من عدمه <sup>(١)</sup> . فإن لم تظهر له تلك الإرادة ، تخم عليه اعتبار العربون عربون عدول . وقاضى الموضوع . بالنسبة إلى هذا الأمر الأخير ، يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن مسألته مسألة قانون ، وليست مجرد مسألة واقع <sup>(٢)</sup> .

#### ٨٧ - مباشرة خيار العدول في التعاقد بالعربون :

رأبنا ، فيما سبق . أن للعربون . وفقاً لما تقتضيه المادة ١٠٣ / ١ . دلالة تتركز في أن دفعه . وقت إبرام العقد . ينهض قرينة قانونية على أن العاقدين قد قصدا من دفعه تحويل كل منهما خيار العدول . بيد أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات العكس .

وهكذا فالحال لا يخرج عن أحد فرضين : فإما أن يقام الدليل على عكس القرينة القانونية ، وإما أن أحداً لا يفلح في إقامته .

فإن كان الأمر الأول ، تهدمت القرينة القانونية . واعتبر العربون

---

(١) انظر نقض ١٩٧٥/٢/٢٣ مجموعة النقض ص ٢٦ ص ٤٥٧ قاعدة ٩٣ - نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ السابقة الإشارة إليه . وانظر أيضاً نقض ١٩٥٥/٣/٢٢ طعن ٢٢/٣٠٧ ق مجموعة النقض ص ٣٩٩ . وقد جاء في حكمها : « محكمة الموضوع أن تستظهر نية المتعاقدين من ظروف الدعوى وقائمتها ومن نصوص العقد لتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن المنقذ به «بيع بائناً» . أو أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول . إذ أن ذلك مما يدخل في سلطانها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائفة » . ويلاحظ أن ثمة عدم دقة في الصياغة قد لحق عبارة الحكم التي سردناها . إذ أن محكمة الموضوع لا تستظهر في حقيقة الأمر ما إذا كان العاقدان قد قصدا من دفع العربون خيار الرجوع . فهذا أمر يفترضه المشرع نفسه . وكل ما على محكمة الموضوع أن تستظهره هو ما إذا كان العاقدان قد قصدا مخالفة هذا الافتراض بإرادتهما أنه يكون العربون عربون يثبت . فإذا لم تستظهر هذا القصد ، تخم عليها أن تقضى بكون العربون عربون رجوع ، من غير أن تبحث فيما إذا كانت نية العاقدين قد انصرفت إلى ذلك الأمر ، أم أنها لم تنصرف . فإن لم تفعل ، وقع حكمها في مخالفة القانون ، وكان حرياً به أن ينقض . فتلك مسألة من مسائل القانون ، وليست مجرد مسألة واقع . انظر في نفس معنى الحكم الذي سردنا عبارته وينس أنفاظه تقريباً : تمييز الكويت ١٩٧٧/١٢/٥ طعن رقم ٧٧/٤ تجرى . وانظر كذلك تمييز الكويت ١٩٧٩/١٢/٧ طعن رقم ٧٨/٧ تجارى .

(٢) راجع الهامش السابق .

عربون بتات . وما كان لأى من العاقدين عن العقد نكوص ، واستحق عليه أن يستقل بنقذه <sup>(١)</sup> . أما المبلغ المدفوع . فيخصم من قيمة ما يستحق على دفعه . باعتباره مجرد معجل دفع تنفيذاً للعقد . فإذا كان المشتري . مثلاً : هو الذى دفعه ، خصم من الثمن المستحق عليه . وإذا كان المستأجر هو الذى دفعه . استقطع من الأجرة المطلوبة منه .

فإن كان الأمر الثانى . بأن لم يفلح أحد العاقدين فى إقامة الدليل على عكس القرينة التى أقامها القانون . بقيت هذه القرينة قائمة . وتثبت للعربون دلالة فى أنه يمنع خيار الرجوع لأى من العاقدين ، دون اعتداد بإرادة العاقد الآخر .

#### ٨٨ - وقت مباشرة خيار العدول :

إذا كان من شأن العربون أن يمنح لأى من طرفيه خيار الرجوع أو العدول عن العقد . وجب أن نتعرف على الوقت الذى يباشر فيه هذا الخيار .

والحال . بالنسبة إلى وقت مباشرة خيار العدول . عند ثبوته . لا يخرج عن أحد فرضين : فإما أن يكون ثمة ميعاد محدد لذلك ، أو لا يكون .

فإن تحدد لمباشرة خيار العدول ميعاد معلوم ، بمقتضى الاتفاق أو العرف لم تكن ثمة صعوبة ، ووجب مباشرة رخصة العدول خلاله . وإلا تأكد قيام العقد . وصار إلى بئاته . فإن لم يحدد ميعاد لمباشرة خيار الرجوع عن العقد اتفاقاً أو عرفاً . بقى هذا الخيار قائماً للمتعاقد ، وحتى له أن يعدل عن العقد . إلى أن يصدر منه ما يمنع عن رغبته فى تأكيد قيامه . وبالتالي عن رغبته فى التزول عن خيار العدول عنه . وتلك الرغبة من المتعاقد قد تجى منه

---

(١) وإذا اعتبر العقد هنا باتاً ونهائياً . سرى عليه من الأحكام ما يسرى على العقود الأخرى التى لا رجوع عنها ، حتى إذا ما قضى بفسخه ، نتيجة إخلال أحد طرفيه بالتزاماته ، وطالب المتعاقد الذى حصل الإخلال بإضراره به بالتعويض ، فإن هذا التعويض يقدر وفقاً للقواعد العامة . أى على حسب جسامته الضرر ، ومن غير أن يكون للبطل الذى عجل كعربون أى دخل فى ذلك . راجع السبوري ، الوسيط فى شرح القانون المرفق ج ١ نبة ١١٣ .

صرحة . وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال ، وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العربون أو قبضه . على حسب الأحوال . بتنفيذ الالتزامات التي يولدها العقد في ذمته .

وإذا كان قيام العاقد . بعد دفع العربون أو قبضه ، بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد عليه ينهض دليلاً على رغبته في تأكيد قيام هذا العقد . ويعتبر بالتالي نزولاً ضمنياً منه عن حقه في العدول عنه ، إذا كان ذلك . فإن تعود العاقد عن تنفيذ التزاماته في الأجل المحدد لها مدة تتجاوز المألوف قد يدل على أنه أراد أن يياشر خياره في الرجوع عن العقد . والمسألة من بعد مسألة واقع . يستظهر فيها قاضى الموضوع قصد العاقد بما يدخل في سلطته التقديرية . فكما أن النزول من العاقد عن خيار العدول يمكن أن يستخلص دلالة من ظروف الحال . فإن مباشرة هذه الخيار بدورها يمكن أن يستدل عليها من تلك الظروف .

#### ٨٩- الأثر المترتب على مباشرة خيار العدول في التعاقد بالعربون :

إذا ثبت خيار العدول في التعاقد بالعربون . واستعمله المتعاقد بالفعل في مياعده . ترتب على ذلك أثر أساسى هام . يتمثل في إزالة العقد واعتباره كأن لم يكن أصلاً . فالعقد هنا لا يزول بالنسبة للمستقبل فحسب . بل بالنسبة إلى الماضى أيضاً . وكأنه لم ير نور الحياة قط .

ولكن أثر مباشرة خيار العدول لا يتقف عند إزالة العقد . على جليل خطرها . وإنما له أثر آخر هام . ويتعلق هذا الأثر الآخر بمقابل استعمال الخيار ذاته . فالمتعاقد بالعربون . وإن كان القانون يمنحه خيار الرجوع عن العقد . إلا أنه لا يمنحه إياه بالهجان . وإنما بمقابل يحصله به . ويتحدد هذا المقابل بمبلغ العربون المدفوع ذاته . فإن كان الذى عدل عن العقد هو من دفع العربون . ضاع عليه العربون . وأصبح بذلك حقاً خالصاً لمن قبضه . أما إذا كان العادل هو من قبض العربون . التزم بأن يدفع للمتعاقد الآخر مبلغاً يساويه : فضلاً عن التزامه برده . اعتباراً بأنه أصبح ولاحق له فيه .



وهذا كله بغض النظر تماماً عما إذا كان العدول من العاقد قد رتب لغريمه الضرر أم لم يرتب . وفي ذلك جاءت المادة ١٠٣ / ٢ تقضى بأنه : « فإذا عدل من دفع العربون ، فقدّه . وإذا عدل من قبضه . رد ضيعفه . وهذا ولو لم يترتب على العدول ضرر » .

ونكرر أن العربون يستحق على اعتبار أنه المقابل المتفق عليه لاستعمال خيار العدول ، أو هو الثمن المحدد لمباشرة هذا الخيار . وعلى ذلك فالمتعاقداً الذي يعدل عن العقد يلتزم بدفع العربون كاملاً للطرف الآخر . حتى لو كان الضرر الذي سببه العدول لهذا الطرف الآخر يقل عن قيمة العربون . بل حتى لو لم يسبب له أدنى ضرر . بل حتى لو استتبع له العدول النفع . كما إذا أعاد الصفة لشخص آخر بضمن أكبر .

وإذا كان يحق لمن حصل العدول عن العقد إضرار آبه أن يأخذ كل مبلغ العربون المتفق عليه . حتى لو لم يبلغ الضرر الناجم له مده . أو حتى لو اتنى هذا الضرر بالكلية . بل حتى لو كان قد استفاد من عدول غريمه عن الصفقة ، فهو لا يستحق أن يطالب بأكثر منه . ولو ثبت أن الضرر الذي ناله من العدول يتجاوزّه . فالمسألة هنا ليست مسألة تعويض للمتعاقداً عن الضرر الذي يناله من جراء عدول غريمه عن الصفقة ، وإنما هي رخصة تستعمل . ولكن في مقابل مبلغ متفق عليه لاستعمالها ، ومحدد بقيمة العربون لا أقل منه ولا أكثر <sup>(١)</sup> . ففكرة التعويض هنا غير واردة أصلاً . إذ أن التعويض . في مجال العقود . لا يكون إلا عند الإخلال بالالتزام الناشئ عنها . والمتعاقد بالعربون الذي يعدل عن العقد . لا يخلّ بعدوله هذا بالتزام ما ، بل على النقيض من ذلك هو يستعمل حقاً ثابتاً له يقرره العقد ذاته . ومن يستعمل حقاً لا يخطئ ولا يخل . فالجواز الشرعى ينافى الضمان . كما تقول القاعدة الأصولية في الفقه الإسلامى . من أجل ذلك حرص المشرع . في المادة ١٠٣ / ٢ على أن يصرح بأن العربون يستحق للطرف الذي حصل العدول عن العقد إضراراً به . « ولو لم يترتب عن العدول ضرر » .

---

(١) راجع في ذلك : « السهورى ، المرجع السابق نبذة ١١٣ .

وإذا كان العربون يستحق لمن حصل العدول عن العقد إضراراً به كمجرد مقابل لاستعمال غريمه خيار العدول . ودون اعتبار بعد ذلك لما إذا كان العدول قد رتب له ضرراً أم لم يرتب . ولا لمدى هذا الضرر إذا كان قد وقع ، إذا كان ذلك ، فإن العربون يختلف اختلافاً جذرياً عن الشرط الجزائي . الذي هو تقدير اتفاقي للتعويض عن الضرر الناتج نتيجة الإخلال بالالتزام . الأمر الذي يجعل قيمته قابلة للإنقاص حتى تتناسب مع مدى الضرر <sup>(١)</sup> .

#### ٩٠ - أثر استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التعاقد بالعربون :

بيننا ، فيما سبق ، الأثر المترتب على التعاقد بالعربون . وهو يتركز في أن دفع العربون ، عند إبرام العقد ، ينهض قرينة على أن العاقدين ارتضيا أن يكون لكل منهما خيار العدول عنه . ما لم يثبت العكس . فإذا ثبت ذلك الخيار . وباشره بالفعل ، في ميعاده . من دفع العربون . فقد . فإن باشره من قبض العربون ، التزم برده وبدفع مثله .

وقد يحصل ، في بعض الأحيان . أن نكون بصدد عربون العدول . وفي الفترة المحددة لمباشرة الخيار . وقبل استعماله . ثم يهلك محل الالتزام المترتب على أحد العاقدين . كما إذا تعلق الأمر ، مثلاً ، ببيع منزل أو بقرة بالعربون . وتهدم المنزل أو نفقت البقرة . حالة كون الميعاد المحدد لمباشرة خيار العدول باقياً لم ينقض . ومن غير أن يباشر هذا الخيار . فإذا عساه أن يكون الحكم في مثل هذه الحالة ؟

لم يعرض قانوننا المدني لحكم الحالة التي نحن بصدددها <sup>(٢)</sup> . ولكن هذا

---

(١) راجع في الشرط الجزائي وأحكامه المواد ٢٢٣ إلى ٢٢٥ مدني .

(٢) كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يحكم هذه الحالة ، وهو نص المادة ٢/١٥٣ منه ، الذي جاء يقضى بأنه : « ٢٥ - ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد الظروف لا يكون أحد المتعاقدين مسئولاً عنها ، أو إذا فسح العقد بعضاً من المتعاقدين أو باتفاق بينهما » . وحذف هذا النص في لجنة المراجعة لإمكان الاستثناء ع . ( راجع محررة الأثر التحصيلية ج ٢ ص ٨٠ و ٨١ ) .

الحكم ليس بالأمر العسير . فن شأن القواعد القانونية العامة أن تقودنا إليه في يسر وفي غير عناء .

ففي مثل الحالة التي نحن بصدددها ، يتعين التفرقة بين ما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزامات راجعة إلى فعل يعزى إلى المتعاقد الذي له خيار الرجوع ، كما إذا قام هذا بذبح البقرة المبيعة أو هدم المنزل ، فاستحال عليه بذلك ، وبنتيجة فعله . الوفاء بالتزامه . وبين ما إذا كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب أجنبي لا يلد للمتعاقد فيه ، كما إذا نفقت البقرة قضاء وقدرأ . أو تهدم المنزل بزوال .

فإن كان الأمر الأول ، أي كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل يعزى إلى المتعاقد صاحب خيار الرجوع ، اعتبرت تلك الاستحالة في حكم العدول عن العقد ، فلا يكون للمتعاقد الآخر أكثر من قيمة العربون المتفق عليه . فلا يكون له حق في التعويض عما عساه أن يدعيه من ضرر ناجم له بسبب هلاك الشيء . ذلك لأنه كان على هذا المتعاقد الآخر أن يتوقع من غريمه أن يرجع عن العقد ، إعمالاً لخيار العدول الثابت له . فكان ثمة ضرراً لم ينله . ثم إنه يمكن القول بأن قيام المتعاقد بإهلاك الشيء ، إذا كان هو الذي أهلكه بنفسه ، يعتبر منه مباشرة ضمنية لخياره في العدول . على أن الحكم الذي وصلنا إليه هنا لا يسرى بطبيعة الحال . إلا إذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام في الفترة التي يكون فيها خيار الرجوع قائماً لم يزل . فإن زال خيار الرجوع . وصار العقد بالتالي إلى بئانه ، ثم وقعت استحالة تنفيذ الالتزام نخطأ المتعاقد ، أثقلت المسئولية وفقاً للقواعد القانونية العامة .

أما إذا كان الأمر الثاني ، أي كانت استحالة تنفيذ الالتزام المترتب عن العقد راجعة اسبب أجنبي عن المتعاقد لا يلد له فيه . فإن الحكم يكون واضحاً لا صعوبة فيه . إذ أن العقد هنا ينفسخ بقوة القانون ، إعمالاً للقاعدة العامة التي تضمنتها المادة ١٥٩ مدني ، الأمر الذي يؤدي إلى وجوب إرجاع العاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها عند إبرام العقد . فيلتزم من ثم المتعاقد الذي قبض العربون برده إلى دافعه .

ويأخذ حكم الفاسخ العقد بالنسبة إلى وجوب رد العربون من قبضة .  
 الفاسخ أو التقايل الذي يتفق عليه المتعاقدان . فمن شأن الفاسخ أو التقايل  
 أو الإقالة إلغاء العقد بأثر رجعي . واعتباره كأن لم يكن . الأمر الذي يستلزم  
 إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد .

#### ٩١ - التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي :

عرف الفقه الإسلامي بدوره التعاقد بالعربون . ولجأ إلى تنظيمه على نحو  
 سائغ ومقبول . وإن اختلفت أحكامه باختلاف مذاهبه . وإذا كان الاتجاه  
 السائد في الفقه الإسلامي . هو صحة التعاقد بالعربون في ذاته . إلا أن  
 الخلاف قد ثار . تحت ظله . حول أثر الاتفاق على ضياع العربون على  
 دافعه إذا ما باشر خيار الرجوع في العقد . فالمالكية وإن أجازوا التعاقد  
 بالعربون . إذا كان من شأنه أن يعطى للعائد خيار الرجوع .  
 إلا أنهم لا يقررون الاتفاق على أنه يفقد العربون . إذا ما باشر خياره هذا .  
 وإلا وقع العقد فاسداً . وسند هذا الرأي عند أصحابه أن النبي . عليه صلوات الله  
 وسلامه . قد نهي عن بيع العربان : اعتباراً بأنه غرر وأكل المساء بالباطل .  
 أما الحنابلة . فهم يميزون التعاقد بالعربون . حتى في الحالة التي يتفق فيها  
 على ضياع العربون على صاحبه عند تكوله عن الصمقة . وهم يدافعون عن  
 رأيهم بمقولة إن الحديث المروي في النهي عن بيع العربون هو حديث  
 ضعيف في نسبه إلى الرسول .

#### ٩٢ - التعاقد بالمزايدة :

الغالب في واقع حياة الناس أن يتم التعاقد بالممارسة . ولكن يحصل  
 مع ذلك ، في أحوال كثيرة ، وعلى الأخص في البيع والإيجار . أن يتم  
 التعاقد عن طريق المزايدة ، سواء أحتمها القانون . كما هو الشأن في بيع  
 أو إيجار الأموال الخاصة للدولة أو غيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ،  
 وفي بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبري عليها نتيجة عدم وفائه بديونه ،  
 أم التجأ إليها المتعاقدان طوعاً منها واختياراً . كما إذا نظم شخص عزاداً

يجريه بنفسه أو بواسطة آخر ينوب عنه في إيجارته لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها . . . . .

وإذا تم التعاقد بطريق المزايدة ، توجب بيان حكمه . ويتركز بيان حكم هذا النوع من التعاقد في تحديد ما يعتبر إيجاباً . وفي مدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه ، وأخيراً في تحديد الوقت الذي ينقصد فيه العقد . . .

وقد جاءت المادة ٩٩ تنظم البيع بالمزايدة . . . . . وهي في ذلك تقول : « لا يتم العقد في المزايدات إلا بربو المزااد . ويسقط المطاء بعباء يزيد عليه ولو كان باطلا » . .

ومؤدى هذا النص أن الإعداد للمزااد وافتتاحه لا يعتبران إيجاباً . فهما لا يعدوان أن يكونا مجرد دعوة إلى التعاقد . فإن لبيت تلك الدعوة . بأن تقدم شخص إلى المزااد وأدلى بمطائه فيه . كان عطائه هذا هو الإيجاب (١) و (٢) .

وهكذا نجد أن قانوننا المصري : بين الترتين اللتين قامتا في الفكر القانوني بصدد هذا النوع من التعاقد . بنحو منحى التزعة التي ترى الإيجاب في المطاء الذي يتقدم به المتزايد . تاركاً التزعة الأخرى التي ترى الإيجاب متمثلاً في الإعداد للمزااد وفتحه . اعتباراً منه أنهما لا يعدوان أن يكونا من قبيل الدعوة إلى التعاقد .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدى . التي أصبحت بعد شيء من التعديل في الصياغة ، المادة ٩٩ من القانون ، ما يأتي : ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجرى بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ليس في متعلق النص إلا دعوة للتقدم بالمطاعات . والتقدم بالمطاء هو الإيجاب . أما القبول ، فلا يتم إلا بربو المزااد . وقد أعرض مشروع عن المنهج الذي يرى في افتتاح المزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالمطاء قبولاً . .

(٢) انظر : تقض مدني ٩ يناير ١٩٦٤ طعن ٢٨/١١٢ ق مجموعة أحكام النقض ص ٦٨ قاعة ١٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن افتتاح المزايدة ، ولو على أساس سر مميذ ، لا يعتبر إيجاباً . فالإيجاب يكون من جانب المتزايد بالتقدم بالمطاء . ولا يتم القبول إلا بربو المزااد .

ويعتبر التقدم بالمعطاء إيجاباً ، ولو كان مصحوباً بتأمين تقدم به صاحبه وأخله منه مجرى المزايد ، لأن التأمين يعتبر شرطاً للتقدم بالمعطاء ، ولا يعتبر أخذه قبولاً لإياه يتعقد به العقد<sup>(١)</sup> . كما أن المعطاء يعتبر مجرد إيجاب ، ولو كان هو الأكبر ، ولو أدى إلى سقوط غيره من المعطاءات الأخرى الأقل منه<sup>(٢)</sup> .

وعطاء المزايد - وإن اعتبر إيجاباً - إلا أن صاحبه يبقى ملتزماً به إلى حين تقدم مزايده آخر بمعطاء أفضل ، أو إلى أن يقفل المزايد ، دون أن يرسى على أحد ، إذا كان عطاؤه هو الأفضل ، وذلك ما لم يظهر من ظروف الحال أن المتزايد أراد ألا يبقى مقيداً بمعطائه . أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزايد<sup>(٣)</sup> . وهذا الحكم يتمشى مع قصد المتعاقدين . فن يتقدم بمعطائه دون تحفظ يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائماً ، ويظل ملتزماً به إلى أن يتقدم متزايد آخر بمعطاء يفوقه . أو إلى أن يرسى المزايد عليه إذا كان عطاؤه هو أفضل عطاء . فهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للأصل العام الذى قرره المادة ٩٣ ، والذى مؤداه أن يقع الإيجاب ملتزماً ، إذا اقترن

(١) انظر حكم محكمة النقض المشار إليه فى الهامش السابق . وقد جاء فيه أن دفع التأمين شرط لازم للدخول فى المزايدة ، وقبول الوزارة ( الهيئة التى أجرى المزايد لصالحها ) هذا التأمين لا يمنحها من أن تستعمل حقها فى رفض العطاء المقدم من دافعه ، ولو كان هو العطاء الأخير .

(٢) انظر نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ ، طعن ٣٤٨/٥٦٩ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٩٥٧ قاعة ١٥٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه وإن كان تقديم عطاء يزيد على العطاءات السابقة عليه يترتب عليه طبقاً للمادة ٩٩ من القانون المدنى سقوط العطاء الأقل ، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الأعلى وبين الداعى للمزايدة ، لأن التقدم بالمعطاء ، ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ، ليس إلا إيجاباً من صاحب هذا العطاء ، فلا بد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزايد عليه من يملكه .

(٣) انظر نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه إذا كان المطعون ضده ( الداعى للمزايد ) قد أثبت فى محضر جلسة المزايدة الأخيرة أنه قد قرر إعطاء المزايدى بقراره خلال ثلاثة أيام . . . ووقع الناطن ( صاحب العطاء الأخير ) على هذا المحضر بعد هذه العبارة ، فإنه يكون بذلك قد قبل مد الأجل المحدد أصلاً ( للداعى للمزايد ) ن ذمة شروط المزايدة لاستعمال حقه فى القبول أو الرفض ... هـ .

بمعاد القبول . فإن كان من الممكن لهذا المعاد أن يجيء صريحاً ، فإنه قد يستخلص دلالة من الظروف .

وبمجرد أن يتقدم شخص بعبء يزيد على عبء سابق ، يسقط هذا العبء السابق . حتى لو وقع العبء الجديد باطلاً <sup>(١)</sup> ، أو تقرر رفضه أو إلغاؤه أو الرجوع فيه أو أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد <sup>(٢)</sup> . وذلك مالم يتضح من الظروف أن النية قد انصرفت إلى غير ذلك . والسبب في ذلك أنه يفترض في صاحب العبء الأول أنه يريد ، أن يبقى عبأؤه هذا قائماً إلى حين التقدم من آخر بعبء أفضل ، دون مأنظر إلى قيمة هذا العبء الأخير في ذاته أو إلى مصيره . فإن حصل هذا العبء الأفضل . انتهى المعاد الذي حدد لبقاء الأصغر قائماً . من غير أن يكون قد لحقه القبول . فيزول . على أن هذا الحكم لا يعدو أن يكون مجرد إعمال لإرادة المتريد . أخذاً بالغالب . فإن اتضح أن المتريد ارتضى غيره . عمل برضائه . لأن مرد الأمر إليه <sup>(٣)</sup> .

وإذا كان العبء الذي تقدم به المتريد هو الأفضل . بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعبء يفوقه . بقي العبء الوحيد الذي يتضمن إيجاباً قائماً ينتظر القبول

---

(١) ومثال العبء الباطل ذلك الذي يتقدم به قاض أو محام بشأن شراء حق متنازع فيه ، إذا كان الاختصاص بنظر هو النزاع يدخل في ولاية المحكمة التي يملك في دائرتها ( المادة ٤٧١ مدني ) . ومثال العبء الباطل أيضاً ذلك الذي يتقدم به مجنون .

(٢) وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى : « ويراهي أن العبء الذي تلحق به صفة القبول وفقاً لحكم النص ، يسقط بعبء يزيد عليه حتى لو كان هذا العبء باطلاً ، أو قابلاً للإبطال ، بل ولو رفض فيما بعد . ويستثنى كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد . وليس في ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة . فإدام انتقدم بالعبء هو الإيجاب . فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء المعاد المحدد . أما المعاد في هذا الفرض ، فيحدد انقضاء من دلالة ظروف الحال ، ومن نية المتعاقدين الفسنة ، وهو يتقضى بلا شك عند التقدم بعبء أكبر ، أو بإقفال المزاد دون أن يرسو على أحد ( مجموعة الأعمال التصديرية ج ٢ ص ٦٥ ) .

(٣) وهذا ما يحدث بالفعل في المزادات أو المناقصات داخل مفاوضات . فالتريد أو المتناقص هنا لا يمل بالطلبات المتقدمة من غيره ، إلا بعد البت النهائي في الأمر . ومن ثم يستعصى القول بأنه أراد أن يقيه بقاء إيجابه إلى حين تقديم عبء آخر أكبر أو أقل . ويكون التفسير المنطوق هو أنه أراد أن يبقى إيجابه قائماً حتى إرساء الزيادة أو المناقصة . ومن ثم فيجوز أن يقع القبول على أي عبء . دون أن يكون لصاحبه أن يحتاج بوجود ما يزيد عليه أو ينقص عنه .

ولا يتم القبول هنا بمجرد إقفال باب المزاد ، بل بتقويض إرسائه على صاحبه العطاء ( المادة ٩٩ ) .

فنخلصنا أن يرفض العطاء الأخير : وما يقلل المزاد ، دون أن يكون قد أرسى على أحد ، فلا يتعد العقد . اعتباراً بأن الإيجاب لم يلحقه قبول . كما أن العطاء الأخير يعتبر مرفوضاً أيضاً وينسقط ، إذا أفلت الزائدة دون أن ترسى على صاحبه .

والأصل أن للداعي للمزاد أن يرفض العطاء ، ولو كان هبوا الأفضل أو الأخير . دون أن يكون من شأن ذلك أن يحمله بالمستولية . ذلك لأنه موجب له . وللموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه ، دون أن يكون عليه مجب . بيد أنه إذا اتضح هنا من الظروف أن من أجرى المزاد لصالحه قد أخطأ . بعدم إرسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول . بعد أن دعا إليه . قامت مسئوليته على أساس العمل غير المشروع . والتزم بالتعويض . وقد يرى القاضي أن خبر ما يفعله هو تقرير التعويض العيني . فيحكم باعتبار الصفة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر .

وإذا تضمنت قائمة المزاد شرطاً يعطى منظمه الحق في رفض العطاء . وقع هذا الشرط صحيحاً . على أن يكون المتزايد قد علم به . أو في الأقل كان في مكنه أن يعلم به . وتؤدي صحة هذا الشرط إلى انتفاء الخطأ عن الداعي للمزاد ، إذا رفض أى عطاء . حتى لو كان هو الأكبر <sup>(١)</sup> . وهذا ما يفسر لنا

(١) انظر نقض ١٢ يونيو ١٩٦٩ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه متى كان المتزايد « قد قبل دخول الزائدة على أساس قائمة شروط الزائدة التي تحوي النص على تحويل المضمون ضد ( الداعي للمزاد ) الحق في قبول أو رفض أى عرض دون إبداء الأسباب . ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته » فإن يكون قد ارتضاء ، ويكون المضمون ضد ( الداعي للمزاد ) إعمالاً لهذا الشرط مطلق الحرية في رفض أى عطاء ولو كان هو العطاء الأخير دون أن يطلب منه إبداء سبب مشروع لهذا الرفض . . . ومن ثم فلا وجه لما يستند إليه الطاعن ( المتزايد ) إلى المضمون ضد ( الداعي للمزاد ) من تبسيف قوامه أنه لم يبد سبباً مشروعاً يبرر رفض عطاءه وما يؤسس على ذلك من أحقيته في التعويض » .



ما جرى عليه العمل من ذبوع يتضمن قوائم المزايدات شرطاً يقضى بأن لمن يجرى المزايدة لصالحه قبول أو رفض أى إعطاء ، بدون إبداء الأسباب .

ويلاحظ أنه إذا كان من مقتضى شروط المزايدة وجوب المصادقة على إرسائه من شخص محدد أو من هيئة معينة ، كما هي الحال في بيع وإيجار أموال الدولة ، فإن المزايدة لا يعتبر أنه قد أرسى إلا إذا حصل ذلك التصديق على أنه إذا حصل التصديق على إرساء المزايدة عند لزومه ، اعتبر العقد منعقداً من تاريخ رسو المزايدة ، بمعنى أدق من تاريخ علم المتراد بإرساء المزايدة عليه (١) .

وإذا تم إرساء المزايدة ، قام العقد في اللحظة التي يتصل فيها هذا الإرساء بعلم من أرسى عليه . وهنا لا يكون أمام هذا الأخير ، ولا أمام من أجرى المزايدة لصالحه ، إلى التكوّن عن العقد سبيل . ما لم يتفق على غير ذلك أو يقض القانون بخلافه . أما قبل أن يتصل بإرساء المزايدة بعلم صاحب العطاء ، فيكون لمن أجرى المزايدة لصالحه أن يرفض عطاء المتراد . أما المتراد نفسه فلا يسوغ له التكوّن . إذ أنه بتقديمه عطاءه هنا ، يعتبر أنه تقدم بإيجاب

(١) قانون نقض ١٠/٢٩/١٩٦٨ طعن ٢٤٧/٢٤٧ ق مجموعة النقض ١٩ ص ١٢٨٧ قاعدة ١٩٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « مفاد نصوص المواد ٨ و ١٧ و ١٨ من لائحة شروط بيع أملاك الميرى أخرة ( بيع أموال الدولة الخاصة ) الصادرة في ٣١ أغسطس ١٩٠٢ أن بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة في المزايدة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ، ولا يصح رسو المزايدة وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجاباً صادر من الرأى عليه المزايدة » . وهذا الحكم من محكمة العليا سديد تماماً في خصوص قوله إن القبول في المزايدة الذي يلزم فيه التصديق من هيئة عليا على رسوه لا يتم إلا بحصوله ، ولكنه جانب السوابق في قوله إن رسو المزايدة لا يعتبر في مثل هذه الحالة إلا إيجاباً . فرسو المزايدة هنا أيضاً يعتبر قبولاً . كل ما في الأمر أن القبول يعتبر معلقاً على شرط واقف هو حصول التصديق من ملكه ، ومن ثم لا يعتبر تاماً إلا بحصوله . إن قدر له أن يكون . وهذا الذي ذهبنا إليه هو الذي يتفق مع مقتضى المادة ١٨ من اللائحة المشار إليها نفسها . حيث إنها جاءت تقول : « كل بيع يلزم أن يتصدق عليه من نظارة ( وزارة المالية : ... ) . وليس للاختلاف في التأصيل هنا أهمية عليا بالنسبة إلى انعقاد العقد ذاته » . فهو لا يقوم في الحالتين كليهما إلا بحصول التصديق . ولكن تلك الأهمية تظهر في تحديد تاريخ انعقاد العقد . فهذا التاريخ يرجع ، وفق قضاء المحكمة ، إلى وقت حصول التصديق ، في حين أنه يرتد ، في الرأى الذي ذهبنا إليه ، إلى وقت رسو المزايدة .

مقترن بميعاد محدد للقبول، هو ذلك الذى يتطلبه إرساء المزايد والإخطار به .  
والإيجاب المقترن بميعاد للقبول هو إيجاب ملزم كما قلنا مراراً .

ويلاحظ فى النهاية ، أن التعاقد يتم فى بعض الأحيان عن طريق المناقصة .  
كما يحصل غالباً فى الاتفاق مع المهندسين أو المقاولين بشأن إقامة المباني  
وغيرها من المنشآت الحكومية . والمناقصة ما هى إلا مزايدة فى تخفيض  
المقابل الذى يستحقه المتعاقد نظير العمل الذى يلتزم به . ولذلك يسرى عليها  
ما يسرى على المزايدة : بمعناها الضيق ، من أحكام<sup>(١)</sup> .

### ٩٣ - المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات :

الأصل فى المزايدة أن تحصل علناً ، فيعرف كل من يشترك فيها بالعطاء  
الذى يتقدم به غيره . وهذا ليس هو الحاصل فى كل الأحوال . فكثيراً  
ما تقع المزايدة أو المناقصة من غير أن يعلم من يشترك فيها بعطاءات غيره .  
وهذه هى المزايدات أو المناقصات داخل مظروفات ، التى يغلب أن تلجأ إليها  
الدولة وغيرها من الأشخاص العامة الأخرى فى مشروعاتها الكبرى .

والمزايدة أو المناقصة داخل مظروفات هى بالأساس مزايدة . ومن ثم  
تسرى عليها فى الأصل أحكام المزايدة التى بينها فيما سبق . ويستثنى من  
هذه الأحكام ما تقتضيه سرية العطاءات المتمثلة فى عدم علم المتزايد أو المتناقص  
بعطاء غيره . ومؤدى ذلك اعتبار المتزايد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات  
الآخرين . وإنما هو يفترض فيه أنه بتقديمه عطائه داخل مظروف ، أراد  
أن يبق عطائه هذا قائماً إلى أن تفض المظروفات ويقرر إرساء المزايد  
أو المناقصات : ومن غير أن يتأثر عطائه هذا بما عساه أن يكون غيره قد تقدم  
به من عطاءات أخرى . وهكذا يكون للداعى للمزايد أو للمناقصة أن يتخير

---

(١) انظر حكم استئناف الكويت ١٠ يناير ١٩٧٠ ، مجلة القضاء والقانون س ٣٤١ ص ٤ .  
وقد جاء فى هذا الحكم أن : « المناقص يلتزم بعطائه وقت تصديره ( الصحيح وقت اتصاله بطر  
صاحب المشروع ) ، و يعتبر تقدمه به إيجاباً ملزماً له . إلا أنه من ناحية أخرى لا يعتبر متعاقداً  
ولا يترب له أى حق قبل المولة ( صاحبة المشروع ) ، إلا من تاريخ التصديق على العقد » .

من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح : دون أن يتقيد بقيمة أى منها ، وذلك كله مالم يتفق على غيره ، أو يقض القانون بخلافه .

#### ٩٤ - التعاقد بالمزايدة في الفقه الإسلامي :

التعاقد عن طريق المزايدة ، في الفقه الإسلامي ، جائز قانوناً ، ولا غبار عليه ديناً ، وعلى الأخص بالنسبة إلى البيع : حيث يسمى « بيع المزايدة » أو « بيع من يزيد »<sup>(١)</sup> . وذلك مالم تكن المزايدة صورية قد قصد بها التواطؤ على رفع الثمن<sup>(٢)</sup> .

ويتفق حكم بيع المزايدة في الفقه الإسلامي مع حكمه في القانون المدني المصري في أن فتح المزايدة يعتبر دعوة إلى التعاقد : وإن تقدم المتريد بعطائه هو الذي يعتبر إيجاباً ، وأن التعاقد لا يتم إلا بإرساء المزايدة من صاحبها . الذي تكون له الحرية في إجرائه وبالتالي إتمام العقد . أو الامتناع عنه ، حيث

(١) ويجب عدم الخلط ، في الفقه الإسلامي بين بيع المزايدة ، وبين ما يسمى « بيع المستام » . فالأول يقوم على عرض السلعة للبيع عن طريق المزايدة في ثمنها ، بحيث إن البائع لا يقبل البيع إلا من يتقدم بالعطاء الأكبر . وهذا النوع من البيع جائز في الفقه الإسلامي قانوناً وديناً . بل إن بعض الفقهاء نظروا إليه نظرة استحسان ، اعتباراً بأنه « بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه ( الزيلعي ج ٤ ص ٦٧ ) » . أما بيع المستام ، فيقصد به فقهاء المسلمين الحالة التي يبيع الشخص بالفعل سلعة لأخر ، ثم يتقدم ، بعد حصول البيع ، رجل يمرض على البائع أن يشتري هو . دون المشتري الأول ، السلعة بإغرائه بثمن أكبر ، أو يتقدم في الصورة العكسية ، رجل يمرض على المشتري أن يبيعه هو ، دون البائع الأول ، نفس السلعة بثمن أقل ، أو بنفس الثمن سلعة أحسن . وبيع المستام يقع صحيحاً قانوناً . ولكنه مكروه ديناً ، إعمالاً لقوله ، صلوات الله عليه : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا يحطّب على خطبة أخيه » وقوله أيضاً : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » .

(٢) وهذا ما يطلق عليه ، في الفقه الإسلامي ، التجش ( بفتح النون والجيم ) . والتجش مكروه ، إذا قصد به تفصيل المشتري ودفعه إلى الشراء بأكبر من ثمن المثل . ولكنه غير مكروه إذا قصد به رفع ثمن السلعة إلى ثمن المثل . أما عن أثر التجش في بيع المزايدة ، فقد اختلفت بصدده المذاهب الإسلامية . فأهل الظاهر يقولون إن التجش يجعل المزايدة فاسدة . أما المالكية فتفصل للتجش حكم اليب ، فيكون المشتري بالخيار إن شاء رد السلعة على صاحبها ، وإن شاء أمسكها . أما الحنفية والشافعية ، فلا يحملون للتجش أثراً قانونياً على البيع ، الذي يظل صحيحاً برغم التجش ، الذي يبق أثماً دينياً على التاجش والتجش .

يعتبر إيجاب المترايد مرفوضاً بفض مجلس المزايدة ، أو مايسمونه « مجلس المناداة » . كما يتفق الفقه الإسلامى مع قانوننا المدنى المصرى بالنسبة إلى وقوع العطاء ملزماً لصاحبه ، بحيث يمنع عليه الرجوع عنه فترة من الزمن ، خلافاً للأصل العام فى الفقه الإسلامى الذى يمنح الموجب : بمقتضى خيار الرجوع أن يعدل عن إيجابه ، طالما أنه لم يلحقه قبول . كل ما هنالك أن فقهاء المسلمين قد اختلفوا فى مدى بقاء العطاء ملزماً لصاحبه . فرأى البعض أن العطاء لا يبقى قائماً إلا لحين التقدم بعطاء أزيد (وهو نفس الحكم الذى يقول به قانوننا المدنى المصرى) . فى حين أن البعض الآخر رأى أن العطاء الأكبر لا يسقط العطاء الأصغر . بل يظان قائمين جنباً إلى جنب ، بحيث يكون لرب المزايدة أن يتخير من بينهما ما يريد<sup>(١)</sup> . على أن الفقه الإسلامى شأنه فى ذلك شأن القانون المعاصر تماماً . يجعل للإرادة المشتركة للعاقدين ، وفق ما تبين من ظروف الحال ومن عادة الجهة ، القول الفصل فى هذا المجال .

#### ٩٥ - التعاقد بالإذعان أو عقد الإذعان :

الأصل فى التعاقد أنه يتم ، فى إجراءاته ، بحرية النقاش والمساومة . بحيث تترك لكل من طرفيه الفرصة فى أن يجعل الآخر يرضى بأفضل الشروط بالنسبة إليه .

وهناك ضرب من العقود يشذ عن هذه القاعدة . فلا تكون هناك مساومة أو نقاش فى شروطها . وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط سلفاً . ويعرضها على جمهور الناس ولا يكون أمام من يريد إبرام الصفقة إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة ، بحيث إن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والإذعان منه إلى المشيئة الحقة والرضاء الخالص . من هنا أتت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان<sup>(٢)</sup> .

(١) انظر فى ذلك الخطاب ، ج ٤ ص ٢٢٧ .

(٢) ويرجع اصطلاح « عقد لإذعان » فى أصل نشأته إلى الأستاذ الكبير السبوري (راجع مؤلفه ، الوسيط ج ١ طبعة ٢ ص ٢٤٥ هامش ١) . وهو يقابل الاصطلاح الفرنسى *contrat d'adhesion* أى عقد الانضمام أو عقد التسليم ، اعتباراً بأن أحد طرفى العقد ينضم إلى إرادة "طرف الآخر" ، أو يسلم بإرادته . والاصطلاح العربى جاء موقفاً . لأنه يفيد أن قبول أحد الطرفين لا يأتى عن مشيئة كاملة ، وإنما نتيجة الرضوخ والإذعان لإرادة الطرف الآخر .

وعقود الإذعان<sup>(١)</sup> نتاج لنمط الحياة التي يعيشها عصرنا . إن لم يكن في أصل وجودها . ففي هذا الوجود ذاته . ثم في كثرتها وشيوعها . فهي . في مجموعها ، ظاهرة جديدة اقتضتها المدنية الحديثة . فالأقلامون لم يعرفوها ، ولم تتناولها شرائعهم ، وإن عرفوا أصل وجودها المتمثل في الاحتكار ، وعادوه وحاربوه<sup>(٢)</sup> . وقد بلغت عقود الإذعان من الحدائق أن الاصطلاح الذي تعرف به . سواء في فرنسا أو في مصر أو في غيرها من بلادنا العربية الأخرى ، لم يشق وجوده إلا في السنين الأولى من القرن الذي نعيش فيه .

وقد نشأت عقود الإذعان . في الفكر القانوني المعاصر ، نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قيام قوى هائلة . باتت تتحكم في أرزاق الناس . أو في ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو من حاجات أو خدمات لازمة . وقد توصلت إلى هذا التحكم في الأرزاق أو ضروريات الحياة ومتطلباتها عن طريق الاحتكار أو ما يقربه من إضعاف أثر المنافسة . وقد ساعد على ذلك أن مدنية العصر اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة أصبحت من لوازم الحياة . حال كونها تتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموالاً طائلة . لا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة ، يغلب ألا تجد لها منافساً . وإن وجدته هادته . لتتوافق معه على توحيد شروطها في تقديم الخدمات . الأمر الذي يضعف أثر المنافسة بينها ، إن لم يزله كلية . ومن هذه الحاجات . أو الخدمات . على وجه الخصوص ، تقديم الضروريات المتزلية كالمياه والكهرباء والغاز . والنقل أرضياً كان أم بحرياً أم جواً . والعمل في المشروعات الكبرى . والتأمين . وغيرها كثير .

وكان من نتيجة تسلط القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة للحياة

---

(١) انظر في عقود الإذعان : عبد المنعم فرج الصده ، عقود الإذعان في التشريع المصري ،

رسالة مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(٢) ولقد كانت الشريعة الإسلامية ، كدأبها في سبق إلى كل ما هو خير ، سبقت إلى إدراكها ظاهرة الاحتكار ومعاداة العمل على وقاية الناس من ضروره وآثامه . وفي ذلك يقول عليه ألفين صلوات الله : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون . ويقول « لا يحتكر إلا خاطي » .

الجمهور . أنها دأبت ، في تعاملها مع أفرادها بشأنها ، على أن تقتصر بأن تعرضها عليهم . بشروط تضعها هي ، ولا تقبل منهم مناقشة فيها ، وليس ل هؤلاء إلا أن يقبلوها جملة أو يرفضوها جملة ، وبعبارة أخرى . ليس لهم إلا أن يأخذوا أو يدعوا . وهكذا عرف عالم القانون ضرباً جديداً من ضروب التعاقد . يأبى المساومة ويمنع النقاش ، ويقوم بين طرفين ، أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادي أو الاجتماعي ، والثاني - بالغة ما بلغت قوته في ذاتها - ضعيف أمامه . لا يملك ، لشدة حاجته إلى التعاقد معه ، إلا أن يسلم بشروطه ويرضخ لإرادته ويدعن لمشيئته .

وقد أورد قانوننا المدني المصري الأحكام التي أراد أن يخص بها عقد الإذعان في ثلاثة نصوص متباعدة : الأول هو نص المادة ١٠٠ في شأن القبول الذي ينقذ به العقد . والثاني هو نص المادة ١٤٩ الذي يمنح القاضي سلطة الإعفاء من الشروط التعسفية الذي قد يتضمنها العقد . والثالث هو نص المادة ١٥١/٢ في شأن تفسير العبارات الغامضة في العقد . وكان أولى بالمشرع أن يورد أحكام عقد الإذعان في موضع واحد . منعاً للتشدد والتناثر <sup>(١)</sup> .

#### ٩٦ - خصائص عقد الإذعان :

يتميز عقد الإذعان بخصائص ثلاث أساسية <sup>(٢)</sup> ، هي الآتية :

(١) وهذا ما فعله القانون المدني الكويتي حيث نظم عقد الإذعان باعتباره إحدى الصور التي يتم عليها التعاقد ، وأورد أحكامه في موضع واحد ، وخصه بالمواد ٨٠ و ٨١ و ٨٢ منه . (٢) راجع المذكرة الإيضاحية للمادة ١٤٥ من المشروع النهائي ، التي أصبحت بعد تعديل طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٠ من القانون ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٨ و ٦٩ ) . وقد جاءت هذه المذكرة تعرض خصائص عقود الإذعان قائلا : « وتتميز عقود الإذعان عن غيرها بإجتماع مشخصات ثلاثة : أولاً تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المستفيدين . والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق ، احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متائلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التي يقدّمها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتلغرافات والتلفونات أو مع شركات التأمين » .

١ - أن يتعلق بسلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية ، ليس بالنسبة إلى فرد بعينه ، وإنما بالنسبة لجمهرة الناس ، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها في حياتهم . دون أن يلحقهم الأذى أو الضيق <sup>(١)</sup> . وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا مسألة واقع . وتدخل بالتالي في سلطة قاضي الموضوع التقديرية .

٢ - أن يكون أحد العاقدین محتكراً للسلعة أو الخدمة . سواء أكان احتكاره هذا قانونياً أو فعلياً ، أو أن تكون . في الأقل . المنافسة بينه وبين غيره ، في تقديم تلك السلعة أو الخدمة . محدودة ضيقة النطاق .

٣ - أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة سلفاً ولا يقبل نقاشاً فيها .

هذه هي الخصائص أو الصفات التي تتميز بها عقود الإذعان <sup>(٢)</sup> . وهي عقود كثيرة الشبوع . وتزداد يوماً بعد يوم : نتيجة تطور الوضع

---

(١) انظر في وجوب أن يمتنع عقد الإذعان بالمصالح الأولية للجمهور : نقض ١٢/٣/١٩٧٤ ، مجموعة النقض ص ٢٥ ص ٤٩٢ . وقد جاء في هذا الحكم أن السلع الضرورية التي تكون محلاً لعقد الإذعان « هي التي لا غنى للناس عنها ، والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون في وضع يضطرون إلى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يفرضها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة » .

(٢) انظر في خصائص عقود الإذعان ، نقض ١٢ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض ص ٢٥ ص ٤٩٢ قاعدة ٨٠ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شركة النصر لصناعة السيارات أعلنت عن إنتاج سيارة نصر ١٣٠٠ ، وعرضت على الجمهور أن يقوم من يريد شراءها بالحجز لدى موزعها مع دفع المبلغ من الآن ، وذكرت في الإعلان أن إتمام إجراءات التعاقد متوقف على موافقتها . تقدم أحد أعضاء مجلس الدولة بحجز سيارة لدى أحد الموزعين ، ولكنه لم يحظ مع ذلك بالسيارة ، فرفع دعوى اختصم فيها الشركة المنتجة والشركة الموزعة ، وأسس دعواه على أن السيارة تعتبر من لوازم الحياة وأن الشركة المنتجة محتكر إنتاجها ، وأن عقد بيع السيارة له يعتبر من ثم عقد إذعان ، وأن إعلان الشركة المنتجة عن حجزها يعتبر منها إيجاباً بالبيع ، وأن تقلصه بالحجز مع دفع مقدم المبلغ يقتل منه قبولاً بمنع البيع به . أما عما ورد في الإعلان من أن تمام إجراءات التعاقد يتوقف على موافقة الشركة المنتجة ، فقد قال عنه إنه شرط تصني تملك المحكمة إيفاءه منه إعمالاً للقاعدة ١٤٩ . وقد تجاوزت محكمة الموضوع مع المصلحة فيها ذهب إليه . ولكن محكمة النقض نقضت الحكم على أساس أن العقد هنا لا يعتبر =

الاقتصادى الذى أخذ يؤدى إلى نشأة مؤسسات أو هيئات أو شركات أو حتى أفراد يتحكمون فى الجمهور ، بتسلطهم على السلع والخدمات الحياتية التى لا يستطيع عنها غناء . ومن أمثلة عقود الإذعان عقد النقل الذى تبرمه هيئة السكك الحديدية أو غيرها من شركات النقل المشترك أو شركات الملاحة أو الطيران . وعقد العمل الذى تبرمه الشركات والمؤسسات الكبرى . وعقد التأمين ، وعقد الاشتراك فى التليفون ، وعقد الاشتراك للتزود بالكهرباء ، وغيرها كثير .

وتوافر الخصائص السابقة لازم لاعتبار العقد من عقود الإذعان . فإن لم تتوافر مجتمعة . ما اعتبر العقد من بينها . وما أخذ بالتالى حكمه (١) .

= عقد إذعان لتخلف الخصائص التى يتميز بها . وقد جاء فى هذا الحكم : « لما كان من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستلكن أو المستفيد ، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة التطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب منه من الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة ، وكانت السلع الضرورية هى التى لا غنى للناس عنها والتى لا تستقيم مصاحفهم بدونها ، بحيث يكونون فى وضع يضطرمهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة ، وكان مجرد انفراد الموجب بإنتاج سلع ما أو الاتجار فيها لا يعد بذاته احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم فى شأنها من عقود الإذعان ، ما لم تكن السلة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتضمن .. » . وهذا الذى ذهب إليه الحكم سديد تماماً . فالتعاقد فى خصوصية الدعوى لا يعتبر من قبيل التعاقد بالإذعان . لأن السيارة لا تعتبر من ضروريات الحياة فى مجتمعنا . ثم أن الاحتكار غير قائم . لأن السيارات الأخرى متوافرة فى السوق . وعلى ذلك يعتبر الإعلان الذى وجهته شركة النصر مجرد دعوة إلى التعاقد ، فى حين يعتبر طلب الحجز هو الإيجاب ، فلا ينمق العقد إلا بموافقة الشركة المنتجة . كما هو وارد فى إعلان الحجز . انظر فى خصائص عقد الإذعان أيضاً : نقض ١٩٥٤/٥/٢٢ . مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٧٨٨ قاطعة ١١٩ . وقد خلص الحكم . بعد أن استظهر خصائص عقود الإذعان ، إلى أن عقد الأشغال العامة لا يعتبر منها .

(١) وقد قضى بأن عقد الأشغال العامة لا يعتبر من قبيل عقود الإذعان ( نقض ١٩٥٤/٥/٢٢ السابقة الإشارة إليه ) وهذا القضاء سليم . فضلاً عن الطبيعة الإدارية لعقد الأشغال العامة ، فإن جهة الإدارة وإن كانت هى التى تقض سبباً شروط العقد ولا تقبل عادة نقاشاً فيها ، إلا أنها لا تتحكم الأعمال التى يمكن المتقاولين أن يباشروها ، فضلاً عن عدم تمثلها أموراً ضرورية حياتهم . وقضى أيضاً بأن ترخيص مصلحة الجمارك لإحدى الشركات بتشغيل معمل لإنتاج =



## ٩٧ - الطبيعة القانونية لعقد الإذعان :

لقد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي، ورضوخه لمشيتته أن تثار، في فرنسا وفي غيرها من دول أخرى كثيرة مخاوف، والخلاف عنيماً حاداً حول طبيعة عقد الإذعان ذاتها . وهو خلاف تركيزه حول ما إذا كان عقد الإذعان يعتبر عقداً . وبالتالي تسرى في شأنه أحكام العقود بوجه عام . أم أنه لا يعتبر كذلك . وقد انقسم الفقهاء بصدد هذه المسألة . فهاجم فكرة العقدية فريق منهم . أكثرهم من فقهاء القانون العام . وبينهم بعض أفذاذهم . مثل ديجي Duguit وهريو Hauriot . ولكن معهم أيضاً بعض أفذاذ القانون الخاص مثل Salleilles . وناصر فكرة العقدية فريق آخر من الفقهاء . أغلبهم من فقهاء القانون الخاص . بل ومن عمالقتهم . من أمثال دموج Demoguc وريبر Ripert وأتمن Esmein وكابيتان Capitant ، دون أن يتجربوا بدورهم عن مناصرة بعض كبار فقهاء القانون العام أنفسهم لرأيهم . من أمثال لوبادير De Laubadere . أما القضاء في فرنسا فلم ينفك قط عن أن يسير في فلك العقدية في عقد الإذعان وكذلك فعل قضاؤنا المصري تحت ظل قانوننا القديم .

وقد أثر القانون المدني الحالي أن يحسم هذا الخلاف العنيف الحاد حول عقود الإذعان . فناصر فكرة العقدية في صدها ، قاضياً ، في المادة ١٠٠ منه بأن « القبول في عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها » .

وقانوننا المدني ، بإيراده الحكم الذي ضمنه المادة ١٠٠ ، يغلب الرأي السليم . الذي ناصره القضاء دوماً ، فضلاً عن كثرة من الفقهاء . وقد راعى

---

- المشروعات الكحولية بشروط معينة تمتثل التزامات على الشركة وحدها لا يعتبر من قبيل التعاقد بالإذعان ، لأنه ليس عقداً أصلاً . وإنما قرار إداري ، ومن ثم « فلا يجوز التحلل من أحكامه يدعو أنها جائزة وإن قبول الطاعة ( الشركة ) لها تم بطريق الإذعان ، إذ أن الإستثناء الوارد في المادة ١٤٩ من القانون المدني في شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية ، ولا يسرى على القرارات الإدارية » .

في ذلك أن الطرف المذعن . ولو كان في مركز اقتصادي أو اجتماعي أضعف بكثير من غريمه . ولو أن رضاه يأتي على صورة التسليم بشروطه والإذعان لمشيئته . إلا أنه مع ذلك رضاه قائم وكاف لقيام العقد . فالظروف التي تحيط بالطرف المذعن والتي تلح عليه في إبرام العقد والرضوخ لإرادة الطرف الآخر والتسليم بشروطه لاتصل . في حد ذاتها ، إلى مرتبة الإكراه ، الذي من شأنه أن يؤدي إلى إبطال العقد . ثم إن علاج رضوخ الطرف المذعن لإرادة غريمه والتسليم بشروطه من غير مناقشة فيها لا يتمثل في رفض فكرة العقدية في ذاتها ، وإنما في حماية هذا الطرف الضعيف عندما تقتضيه المصلحة واعتبارات العدالة . وهو الأمر الذي عمد المشرع بالفعل إليه في المادتين ١٤٩ و ١٥١ / ١ . على نحو ماسيجي بعد قليل .

#### ٩٨ - كيف يتم التعاقد بالإذعان :

يتم التعاقد في عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة ، ثم قبول من الطرف المذعن .

فالإيجاب هو عرض السلعة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور . وهو إيجاب مستمر . يتم وفق شروط موضوعة سلفاً ومنشورة على الناس . بحيث يستطيعون العلم بها . ويترتب على كون الإيجاب مستمراً . أنه إذا قبله أي شخص ، قام العقد نهائياً ، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه ، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ، انشغلت مسؤوليته التعاقدية . ولكن يلاحظ أنه في بعض الأحيان يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تملئها طبيعة التعاقد ذاتها . بحيث لو أنها تخلفت . اعتبر الإيجاب غير قائم أصلاً . ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين ، فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خالياً من الأمراض التي تهدد الحياة . ومثال ذلك أيضاً الإيجاب الموجه من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على خلاف أنواعها ، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن يكون هناك محلات شاغرة .

والإيجاب في عقود الإذعان على نحو ما آتينا عليه حالا . لا يعلو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقتضي بأنه يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين ، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد ، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال .

ويتم القبول : في عقود الإذعان ، إذا جاء شخص وارتضى الإيجاب الموجه له وغيره من أفراد الناس ، فينقذ العقد بمجرد أن يتصل رضاه هذا بعلم الموجب . ولا يحول دون اعتبار ارتضاء الإيجاب هنا قبولاً لإياه من شأنه أن يقيم العقد . أن يكون قد انبنى من صاحبه على الرضوخ والإذعان لمشينة الطرف الآخر . فهذا لا يمنع من كون العاقد قد أراد العقد ، وكان في وسعه أن يتمتع عن إبرامه . وعلى أية حال فالقانون يقنع بهذا النوع من الرضاء لذات انعقاد العقد . وأن رتب عليه آثاراً معينة . سندكرها فيما بعد . وهي آثر تسخيم حماية فعالة للطرف الذي جاء رضاه بالعقد عن رضوخ وإذعان لمشينة غيره .

#### ٩٩ - حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان :

إذا كان قانوننا المدني ، شأنه في ذلك شأن غيره من قوانين بعض البلاد الأخرى <sup>(١)</sup> ، قد اعتبر عقد الإذعان عقداً صحيحاً . واعتد فيه بتسليم الطرف المدعن لمشينة الطرف الآخر على اعتبار أنه يصلح قبولاً بقيمه ، إلا أنه لم يغفل عن أنه يتميز بطبيعة خاصة : تقوم على التفاوت الكبير بين مركز كل من طرفيه . حيث إن أحدهما يوجد ، من الناحية الواقعية . في مركز سيادي بالنسبة إلى الآخر ، سمح له بأن يملئ عليه شروطه . ولم يكن لهذا المتعاقد الآخر إلا أن رضخ وأذعن لمشينته . وقد أدى به هذا الاعتبار إلى أن ينحصر عقود الإذعان ببعض أحكام تستهدف حماية الطرف المدعن .

---

(١) انظر المادة ١٠١ مدني سوري ، والمادة ١٠٠ من القانون المدني الليبي ، والمادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١٧٢ من قانون الموجبات اللبناني ، والمادة ٨٠ من القانون المدني الكويتي .

وتتمثل الحماية التي يسبغها القانون على الطرف الضعيف في عقود الإذعان . أى الطرف المذعن ، في مظهرين أساسيين : هما الآتيان :

#### ١٠٠ - أولاً : الحماية من الشروط التصفية :

طالما أن عقد الإذعان هو في حقيقته من إعداد مقدم الخدمة أو السلعة الذى أمل شروطه على الطرف الآخر ، فإنه من الممكن له أن يتضمن شروطاً تصفية جائرة بالنسبة لهذا الأخير . وكثيراً ما يفعل في الواقع . وهذا ما دعا الفكر القانوني إلى أن يعمل جاهداً في سبيل حماية الطرف المذعن من تلك الشروط . وقد جاء القانون المدني المصرى يضمن الحماية بسخاء في هذا المجال . قاضياً في المادة ١٤٩ منه بأنه : « إذا تم العقد بطريق الإذعان . وكان قد تضمن شروطاً تصفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعنى الطرف المذعن منها . وذلك وفقاً لما تقتضيه به العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق يقع على خلاف ذلك » .

فالمظهر الأساسى للحماية التي يضيفها القانون على الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذى من شأن أعمال ما قد يتضمنه العقد من شروط تصفية أن يلحقه به . وذلك بتخويله الحق في أن يرفع الأمر إلى القضاء ، طالباً منه الحكم بتعديل تلك الشروط بما يرفع عنه إجحافها . أو بإعفائه كلية منها . وذلك على نحو ما تقتضيه العدالة .

وتعتبر الشروط تصفية ، إذا جاءت متجافية مع ما ينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل . وتقدير ما إذا كان الشرط تعسفياً أم غير ذلك مناط بالقضاء<sup>(١)</sup> .

---

(١) ويلاحظ أننا لو راعينا الأصل العام في مثل احوالة المذكورة في المتن ، لترجع القول بأن تقدير ما إذا كان الشرط الذى يتضمنه عقد إذعان معين هو شرط تصفى أم أنه غير ذلك ، هو مسألة واقعة ، يستقل بها قاضى الموضوع . دونما رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض . ولكن الفكر القانوني في فرنسا ، فقها وقضاء ، يميل إلى تحويل الرقابة على قاضى الموضوع بالنسبة إلى تفسير العقود التي لها صفة تنظيمية عامة ، كالقود النموذجية وعقود الإذعان ، وهي العقود التي يقال عنها ويحق إنها عقود تنشر في مواقع الحال القانون الذي ملق في حالات عديدة وعلى أشخاص -

وثبتت حماية الطرف المدّعى من الشروط التمسفية ، حتى لو كان يعلم بها وقت التعاقد ، وشملها بالتالى رضاه . فهي لا تقف عند حد الشروط التى لم يثبت علمه بها . وإن جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بغير ذلك (١) .

= كثيرين . فن أجل توحيد القضاء ، فى مثل هذه الحالات ، يتجه الفقه وأحكام النقض الفرنسية إلى تحويل الرقابة فى شأن تفسير العقود لهيئة النقض . ونحن من جهتنا لا يسعنا إلا أن نزيد هذا الاتجاه ونباركه . راجع فيما سبق : نقض باريس مدع ٤ مايو ١٤٢ D. C. ، ١٩٤٢-١٣١ وتعليق Besson وانظر أيضاً .

Marty, Distinction du fait et droit th. Toulouse 1929 no 158.

وإذا كان الفكر القانونى يميل إلى تحويل هيئة النقض الرقابة على قاضى الموضوع فى شأن تفسير عقود الإذعان ، فإن تحويلها هذه السلطة أولى بالاتباع فى شأن تقدير ما إذا كانت الشروط التى تنطوى عليها تمسفية أم لا ، لتصل فيها سلطة التصديق أو الإلغاء .

(١) جاءت المذكرة الإيضاحية المادة ٢١٧ من المشروع التمهيدى تقول : « فالأصل أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ، فى مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت فيها . بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج فى عقود الإذعان من الشروط الجائرة . فالاستعانة إلى التفسير يتعين بشأنها ، ولو كانت واضحة العبارة بينه السيلاق . فن واجب القاضى أن يثبت فى هذه الحالة ما إذا كان التعاقد المدّعى قد تلبه إلى هذه الشروط . فإذا استوتبت من تلبه هذا التعاقد إليها ، كما لو كان التعاقد الآخر قد احتاط فعمل تلك الشروط مخطوطة باليد فى عقد مطبوع . تحتم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات . أما إذا تبين أن التعاقد المدّعى لم يتلبه إلى الشروط الجائرة ، فعليه أن يستبعدا وينزل على أحكام القواعد العامة - فى هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد شرط الجائر بدعوى أن المدّعى قد أكره على قبوله ، متى تلبه إليه هذا التعاقد وارتضاءه . فالإذعان لا يحتل بالأكراه . بل أن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبى للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يؤمن من حماية إن التعاقد المدّعى ينبى أن يكون محلاً لأحكام تشرية عامة - كما هو الشأن فى حالة الاستفلال - أو لتشريعات خاصة . . . »

والعبارة السابقة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة فى أن سلطة القاضى المنتسفة إلى التصديق أو الإلغاء لا تكون إلا بالنسبة إلى الشروط التى لم يعلم بها الطرف المدّعى . دون تلك التى علم بها . ومع ذلك فالرأى عندنا هو ما ذهبنا إليه فى المتن . ذلك لأن تلك العبارة قد جاءت لإيضاحاً لنص آخر يختلف تماماً عن النص الذى أوردته القانون فى المادة ١٤٩ . وذلك النص هو : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المدّعى بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه ، يتبته إلى بعض الشروط التمسفية التى تضمنها العقد ، جاز للقاضى أن يجعل ذلك محلاً لتقديره » . وهو يختلف تماماً عن النص الذى تضمنته المادة ١٤٩ ، التى جاءت بمعنى لقاضى =

وغنى عن البيان أن تعديل الشروط التعسفية التى يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها لا يجزئ القاضى من تلقاء نفسه . إنما بناء على طلب الطرف المذعن . ويجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضى أعمال تلك الرخصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضى الموضوع . ولكنه لا يجوز له أن يطلب إعافها لأول مرة أمام محكمة النقض : لأن التسك بها يتخالف مع واقع " .

والحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن فى تعديل الشروط التعسفية التى يتضمنها العقد بما يرفع عنه إحجافها ، أو فى إعفائه من تلك الشروط كلية ؛ هذا الحق يتعلق بالنظام العام . إذ أنه يستهدف حماية الضعفاء من الناس من جور القوى الاقتصادية الكبرى . وإذا كان ذلك : فإن الحق فى تعديل الشروط التعسفية أو فى الإعفاء منها يثبت للطرف المذعن . ولو اتفق على غير ذلك : إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا ( المادة ١٤٩ فى آخرها ) .

ويلاحظ . فى النهاية : أن القانون . وهو يتيح للقاضى . بناء على طلب الطرف المذعن . أن يعدل الشروط التعسفية بما يرفع عن هذا الأخير إحجافها . أو يعفيه كلية منها . يلاحظ أن القانون : وهو يفعل ذلك : يخص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضى سلطة تتجاوز إلى حد كبير

---

= سلطة تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وفقاً لما تقتضيه العدالة . وذلك بغير تخصيص ولا تمييز بين الشروط التى يثبت علم الطرف المذعن بها ، وتلك التى يثبت فى خصوصها علم عنه . ولا تخصيص بغير تخصص . والواجب عدم الاعتداد أصلاً بمبارة المذكرة الإيضاحية . لأنها جاءت إيضاحاً لنص آخر غير النص الذى تضمنته المادة ١٤٩ .

(١) انظر نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ طعن ١٩٦/١٩٩ ق . مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٣٠٥ قاعدة ٢١٤ . وقد صدر هذا الحكم فى شأن تفسير عقد الإذعان ، قاضياً بعدم جواز التسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأنه لا يسوغ تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن . وهذا الحكم يسرى أيضاً بالنسبة إلى طلب الطرف المذعن تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها . فى الحالتين كليهما يتطلب أعمال سلطة القاضى فى الإعفاء من الشروط التعسفية أو تعديلها أو فى التفسير على نحو لا يضر بمصلحة الطرف المذعن البحث عما إذا كانت خصائص عقد الإذعان متوافرة من عدمه وما إذا كانت شروط العقد جائزة من عدمه ، وذلك من أمور الواقع التى لا يجوز طرحها لأول مرة أمام محكمة النقض .

المألوف من سلطته . فهو يمنح القاضي هنا سلطة تعديل الشرط التبعي بل وإهداره . إذا اقتضت منه ذلك العدالة وشرف العامل . وذلك في حين أن مهمة القاضي . وفقاً للقواعد العامة ، تقتصر . في شأن العقود ، على مجرد تفسيرها ، بغية إعمال حكم القانون فيها ، دون أن يترخص له في أن يجري تعديلاً فيها أو إهداراً لشروطها .

#### ١٠١ - ثانياً : تفسير الشك في مصلحة الطرف المدعى :

لا تقتف حماية القانون للطرف المدعى عند تحويله الحق في أن يطلب من القاضي تعديل الشروط التعسفية التي قد يتضمنها العقد بما يرفع عند إجحافها . أو حتى إعفائه كلية من تلك الشروط ، حسب مقتضيات العدالة ، وإنما يقرر القانون له مظهراً آخر من مظاهر حمايته إياه . ويتمثل هذا المظهر الجديد في وجوب تفسير الشك . إن وجد ، في مصلحة الطرف المدعى . وفي ذلك جاءت المادة ١٥١ / ٢ تقول : « ٢ - ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى » .

ويلاحظ أن النص السابق جاء متسماً بسوء الصياغة . فهو يقول إن المخطوئ هو تفسير العبارات الغامضة بما يضر بالطرف المدعى . وليس ذلك هو المقصود بطبيعة الحال . إذ أن المقصود هو عدم تفسير الشك الذي تتضمنه العبارات الغامضة بعد أن يعتمد القاضي إلى تفسيرها للتعرف على مقصود العاقلين .

فإذا اتسم شرط من شروط عقد الإذعان بغموض . ولم تسعف طرق التفسير القاضي في تبديد هذا الغموض . وبقي ثمة شك فيها أراداه العاقدان من عبارة الشرط ، وجب تفسير هذا الشك في مصلحة الطرف المدعى . وذلك دائماً وفي كل الأحوال ، حتى لو كان من شأن القواعد العامة أن تجعل تفسير الشك في مصلحة الطرف الآخر ، كما لو كان من شأن الشرط الذي لا يسه الشك أن يشدد من مسؤوليته عما تقضى بها القواعد العامة في القانون .

وكما هو الشأن بالنسبة إلى تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها .

لا يجوز للطرف المذعن أن يتمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضراراً به لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

### ( هـ ) النيابة في التعاقد

١٠٢ - الأصل في التعاقد أن يتولاه أصحاب الشأن بأشخاصهم ، فيرمونه بالأصالة عن أنفسهم . ولكن في كثير من الأحيان ، يرم العقد لصالح شخص معين بوساطة آخر ، يقوم مكانه في عقده . أو ينوب عنه في ذلك . وهذا هو التعاقد بطريق النيابة .

والنيابة في التعاقد نظام بالغ الأهمية في دنيا القانون . وترجع أهميته إلى شيوع الاتجاه إليه . في واقع حياة الناس . بل إنه في كثير من الأحيان . يتمثل أمراً ضرورياً ليس عنه غناء . ويحدث ذلك . على وجه الخصوص . بالنسبة إلى عديمي الأهلية وناقصيها . فالقانون لا يجيز لهؤلاء إبرام التصرفات كلها أو بعضها بذات أنفسهم . ولكنه يقدر مع ذلك أن مصلحتهم قد تقتضي إبرامها . وهنا تبرز النيابة كضرورة لإمكان إجراء تلك التصرفات عن طريقها . وحتى في الأحوال التي لا تتمثل فيها النيابة أمراً ضرورياً . كثيراً ما تظهر كنظام جليل الفائدة للناس . حيث يسهل عليهم أمور حياتهم . إذ يمكنهم من إجراء تصرفات قد يتعذر عليهم إبرامها بأنفسهم . لغيابهم عن مكان عقدها . أو لعدم الإلمام بها . أو لكثرة مشاغلهم عنها . أو لأي سبب آخر .

ولما تنسم به النيابة من عظيم الأهمية . أولاهها القانون المدني عنايته . وعمد إلى تنظيمها في إطار نظرية عامة<sup>(٢)</sup> . تتضمن الأسس التي تقوم عليها . وتؤدي على هديها وظيفتها . وذلك في المواد من ١٠٤ إلى ١٠٨ منه .

---

(١) أنظر نقض ١٢/٣١/١٩٧٠ السابقة الإشارة إليه .

(٢) مُ يتناول الفقه الإسلامي نظام النيابة داخل إطار نظرية عامة . ولكنه عنى أشد العناية بهم تطبيقين هـ . وتقصدهما الولاية على مال عديمي الأهلية وناقصيها ( نيابة قانونية ) والوكالة ( نيابة إتفاقية ) .



وغنى عن البيان مدى الأهمية التى يتسم بها تنظيم القانون للنيابة فى إطار نظرية عامة ، تتضمن أسسها وقواعدها العامة المشتركة . إذ أن صور النيابة تتعدد وتنشعب ، سيما وأن الفكرة التقليدية السائدة التى تنظر إلى الوكالة على اعتبار أنها تتمثل النيابة الاتفاقية فى كل مظاهرها . أخذت تنزل فى الفكر القانونى المعاصر . الذى بات يرى أن الوكالة . بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية . لاتعدو أن تكون بعضاً من كل . وإن كان بعضها الأغاب . وأن هناك صوراً أخرى غيرها للنيابة الاتفاقية . لاسيما فى مجال النيابة عن الأشخاص الاعتبارية الخاصة . كالشركات والجمعيات ، حينما تحدد نظمها الأشخاص الذين تثبت لهم صفة النيابة عنها .

ونتناول النيابة : بادئين بالتعريف بها وبيان أنواعها وتحديد مجال إعمالها . ونعرض بعد ذلك لتحديد سلطة النائب . ثم نتطرق إلى مقومات النيابة . لنعالج بعد ذلك آثارها وانتهاءها . ولما كان من شأن إعمال فكرة النيابة إمكانية أن يتعاقد الشخص مع ذات نفسه : وجب أن نختتم دراستنا لنظرية النيابة بالتعرض لهذه الحالة .

### ١٠٣ - التعريف بالنيابة :

النيابة <sup>(١)</sup> représentation : نظام قانونى مؤداه أن تحمل إرادة شخص معين ، يسمى النائب ، محل إرادة شخص آخر ، هو الأصيل . فى إنشاء تصرف قانونى تنصرف آثاره إلى الأصيل ، لا إلى النائب . وبعبارة أخرى شائعة فى الفقه الإسلامى . النيابة هى قيام شخص مقام آخر فى إجراء التصرف . فالذى ينشئ التصرف هنا هو النائب . وهو ينشئ بذات إرادته . ولكن آثار هذا التصرف لا تلتحق النائب . وإنما تنصرف إلى الأصيل . إذ أن النائب . ولو أنه هو الذى يبرم التصرف . ويرمه بذات إرادته . إلا أنه يبرمه باسم الأصيل وحسابه . وهكذا يرى الأصيل نفسه . بالنسبة

(١) راجع فى النيابة فى التعاقد : جمال مرسى بدر ، النيابة فى التصرفات القانونية . رسالة

مقدمة لجامعة الإسكندرية سنة ١٩٥٤ .

إلى آثار التصرف ، كما لو كان هو الذى أبرمه بشخصه ، فى حين أنه فى الواقع لم يبرمه ، وإنما أبرمه عنه نائبه باسمه وحسابه .

#### ١٠٤ - أنواع النيابة :

تنقسم النيابة ، بالنسبة إلى المصدر الذى يقرر وجودها ويرسم حدودها ، إلى نوعين أساسيين . يشمل أولهما النيابة الاتفاقية ، وينتظم ثانيهما النيابة القانونية<sup>(١)</sup> .

فالنيابة الاتفاقية ، هى تلك التى يقرر الاتفاق وجودها ويعين حدودها . وحالتها الغالبة هى الوكالة . وإن لم تكن الوحيدة . فالوكيل نائب اتفاق عن الموكل ، لأنه يستمد نيابته عنه من عقد الوكالة : فى الحدود التى يرسمها هذا العقد . ويعتبر نائباً اتفاقياً كذلك مدير الشركة أو الجمعية إذا استمد نيابته عنها بمقتضى عقد تأسيسها ، أو بمقتضى قرار تصدره .

أما النيابة القانونية ، فهى تلك التى يقرر القانون وجودها ويعين حدودها بطريق مباشر . وهذه هى حالة الولى والوصى والقيم ومدير التفليسة ( السنديك ) والحارس القضائى . ولا يفر من اعتبار النيابة قانونية أن يترك القانون فى بعض الأحوال للقاضى سلطة تعيين النائب : كما هى الحال بالنسبة إلى الوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى . وإن كان كثير من الفقهاء يطلقون على النيابة هنا اصطلاح « النيابة القضائية » . إذ أن دور القاضى هنا يقتصر على اختيار شخص النائب . أما تقرير مبدأ النيابة ذاتها ورسم حدودها ، فالقانون هو الذى يتولاها بنفسه .

#### ١٠٥ - مجال إعمال النيابة فى التعاقد :

القاعدة أنه يجوز التعاقد بطريق النيابة فى كل التصرفات القانونية كالبيع والإيجار والهبة والشركة ، إلى غير ذلك من كافة التصرفات الأخرى .

---

(١) وقد جاءت المادة ١٥٦ من المشروع التمهيدى تقول إن النيابة اتفاقية أو قانونية . وقد حذفت هذه المادة لوضوح حكمها ( راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ و ٩١ ) .

ولا يستثنى من هذه القاعدة ، إلا الحالات التى يستلزم فيها القانون أن يبرم الشخص التصرف بنفسه <sup>(١)</sup> . وهى حالات جد نادرة <sup>(٢)</sup> .

#### ١٠٦ - سلطة النائب :

الأصل العام أن سلطة النائب تتحدد بمصدر نيابته ، وبعبارة أخرى بسند نيابته . فإذا كان القانون هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن على الأخص فى الولاية على أموال معدومي الأهلية وناقصيها ، تحددت سلطة النائب بما يقضى به القانون فى شأنها . وإذا ترك القانون للقاضي تحديد سلطة النائب ، وجاء الحكم يحددها . فلن هذا الحكم هو الذى يرسم أبعادها . وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن على الأخص فى الوكالة . تعينت سلطة النائب بمقتضاه .

وإذا كان الأصل العام أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته بمعنى : مصدرها ، فقد يحصل فى بعض الأحيان أن يعلن الأصل فى الصحف أو فى نشرات أو إعلانات . أو فى غير ذلك كله من وسائل الإعلام ، عن سلطة نائبه فى إجراء التصرفات عنه ، بما يتجاوز فى الواقع ما حدده له سند نيابته . أو يخطر بذلك شخصاً أو أشخاصاً معينين . فإذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

يجب هنا أن نفرق بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففي النيابة الاتفاقية يعتد بالضرورة بما يجزى فى إعلان الأصل أو إخطاره بما يتجاوز سلطة نائبه . مع عدم الإخلال بما يتطلبه القانون من شكلية عند لزومها .

---

(١) وقد كانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تتضمن هذا الحكم بقولها : « يجوز التعاقد بالأصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . وقد حذف هذا النص لم يأت فى القانون ، وذلك لوضوح حكمه ( راجع مجموعة ط الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ و ٩١ فى الهامش ) .

(٢) ومن هذه الحالات فى القانون الفرنسى ، إبرام الزواج ، حيث إنه لا تجوز النيابة فيه ، قانونية كانت أم تعاقدية . انظر مؤلفنا ، الزواج فى القانون الفرنسى ، نبذة ٣٥ . أما فى الشريعة الإسلامية فالنيابة فى الزواج جائزة بنوعها .

ذلك لأن سلطة النائب هنا تستمد من الأصل نفسه ، فإن عمد هذا الأخير إلى الإعلان أو الإخطار بما يتجاوزها ، فهو يلجأ بذلك إلى التوسعة فيها ، وهو أمر يملكه .

أما في النيابة القانونية ، وكذلك في النيابة القضائية ( عند من يقول باستقلالها عن النيابة القانونية ) - فالأمر مختلف . ذلك لأن القانون أو حكم القاضي على حسب الأحوال ، هو الذى يرسم هنا حدود النيابة ، وليس إرادة أى شخص آخر . حتى ذلك الذى يتولى النائب مباشرة سلطة النيابة عنه . وهكذا فلو أعلن هذا الأخير أو أخطر بما يتجاوز المحدد قانوناً أو قضاء من سلطات نائبه ، فإن ذلك الإعلان أو الإخطار لا يغير من الأمر شيئاً .

#### ١٠٧ - مقومات التعاقد بالنيابة :

لكى يعتبر التعاقد حاصلًا بطريق النيابة : سواء أكانت اتفاقية أم قانونية يلزم توافر الأمور الأربعة الآتية :

١ - قيام النيابة .

٢ - حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إبرام التصرف .

٣ - إجراء النائب التصرف باسم الأصل وحسابه .

٤ - التزام النائب في إبرامه التصرف حدود نيابته .

ونتناول كلا من هذه الأمور الأربعة بالتفصيل : وذلك فيما يلي :

#### ١٠٨ - أولاً : قيام النيابة :

لكى يعتبر التعاقد حاصلًا بطريق النيابة . يلزم أولاً وبالبداهة أن تكون النيابة قائمة عند إجرائه . وهى تقوم : كما سبق لنا أن بينا ، إذا وجد لها سند يندشها . سواء أكان هذا السند هو القانون ( النيابة القانونية ) أم الاتفاق ( النيابة الاتفاقية ) .

وعلى من يتعاقد مع من يدعى النيابة عن غيره أن يتثبت من نيابته ومن

حدودها ، وإلا عرض نفسه لعدم سريان التصرف الذى يجريه فى حق الأصل<sup>(١)</sup> .

ولا يلزم أن يكون سند النيابة فى الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام التصرف الذى يتم عن طريقها : إن تطالب له شكلاً ما . وذلك ما لم يقض القانون بخلافه . فالشكلى استثناء من القواعد العامة . ومن ثم فهى لا تكون واجبة إلا حيناً يتطلبها القانون . ولا يوجد فى القانون نص يفرض الرسمية لإنشاء سند النيابة على وجه العموم والشمول . وإن كان يغلب فى هذا السند بحكم طبيعته ذاتها أن ينبجى فى الشكل الرسمى . كما إذا قامت النيابة نتيجة حكم صادر بتعيين وصى أو قيم أو سنديك أو حارس قضائى .

فإذا تطلب القانون شكلاً خاصاً لانعقاد العقد الذى يراد إبرامه عن طريق النيابة : كمقد الرهن الرسمى مثلاً . أو عقد الهبة أو عقد الشركة . فإنه لا يأنزله لقيام النيابة فى إبرام هذا العقد أن يكون سندها فى نفس الشكل . هذا هو الأصل . وإن كان ليس مطلقاً . إذ أنه يرد عليه استثناء أساسى هام فى خصوص الوكالة . حيث تقضى المادة ٧٠٠ مدنى بأنه : « يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة . ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . أما فى غير الوكالة : فالأصل أنه من الممكن للنيابة أن تقوم . ويقع التعاقد عن طريقها صحيحاً . دون ما ضرورة لأن ينبجى سندها فى نفس الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام التصرف الذى يبرمه النائب عن أصيله . وتظهر أهمية هذا الحكم فى حالات النيابة التى تثبت بمقتضى تصرف قانونى فى غير حالات الوكالة . وعلى الأخص فى حالة

(١) انظر : نفق ١٤ إبريل ١٩٧٣ . طعن ٣٨/٢٢ فى مجموعة أحكام التفتش س ٢٤ ص ٦٠٨ قاضية ١٠٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الأصل فى قواعد الوكالة « إن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته . فإن قصر ضليه تفكيره . وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة . فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصل . ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالماً بأن الوكيل يمثل دون نيابة أو غير عالم بذلك » . وإذا كان هذا الحكم قد ورد فى خصوص الوكالة ، إلا أن مضبونه يسرى أيضاً فى كل صور اننيابة الأخرى .

النيابة عن الأشخاص المعنوية الخاصة بالشركات والجمعيات . فلو أن عقد تأسيس شركة ، مثلاً ، علق قيام مديرها برهن عقاراتها على صدور قرار من مجلس إدارتها ، وصدر هذا القرار بالفعل . فإن قيام المدير بالرهن يقع صحيحاً ، حتى لو لم يأت ذلك القرار موثقاً بشكل رسمي . أو حتى لو كان عقد تأسيس الشركة نفسه غير وارد في الشكل الرسمي ، وذلك مادام الرهن ذاته قد أبرم في الشكل الرسمي بطبيعة الحال .

والأصل في النيابة . بحكم ذات طبيعتها أنها شخصية . فإن ثبتت لشخص معين ، ما كان له أن يمنحها لغيره . وذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بخلافه .

#### ١٠٩ - ثانياً : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

قوام النيابة . وأساسها هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إنشاء التصرف القانوني . فالذي يبرم التصرف هنا هو النائب . وليس الأصيل . والنائب ، في إبرامه التصرف ، يعبر عن إرادته هو . ولا يعبر عن إرادة الأصيل <sup>(١)</sup> . وإرادة النائب ، هي التي تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المترتب عن التصرف . وهي التي ترتبه بالفعل . وحدها إن كنا بصدد تصرف صادر من جانب واحد . وعلى إثر إقرارها بإرادة المتعاقد الآخر ، إن كنا بصدد تصرف صادر من جانبين ، أي عقد . كل ما في الأمر أن الإرادة هنا تتميز بأنها تنشئ الأثر القانوني . لافي حق صاحبها . كما هي القاعدة العامة . ولكن في حق شخص آخر ، هو الأصيل .

وإذا قلنا إن أساس النيابة هو أن النائب ، حينما يبرم التصرف عن الأصيل ، إنما يعبر عن إرادته هو ، كان طبيعياً أن نستلزم في النائب ، توافر

---

(١) وهذا واضح تماماً في أغلب تطبيقات النيابة القانونية ، حيث إن الأصيل في بعضها يكون معدوم الإرادة تماماً ، وفي بعضها الآخر يكون إدراكه ناقصاً . فيأت القانون ويجعل له نائباً يبرم له التصرف ، وتحمل في إبرامه إرادة النائب محل إرادة الأصيل . ولكن الحكم يسرى أيضاً في كافة مظاهر النيابة الأخرى ، حتى الاتفاقية منها .

الإرادة . فمن تنعدم عنده الإرادة . كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه . لا يصلح لإجراء التعاقد بالنيابة عن غيره . كما أنه لا يصلح لإجرائه بالأصالة عن نفسه . وفي الحالتين . يقع تصرفه باطلا .

وإذا وصلنا إلى أنه يلزم في النائب ، لكي يقع تصرفه عن الأصل صحيحاً . أن تتوافر فيه الإرادة ، فإن تطبيق القواعد العامة يؤدي إلى عدم ضرورة توافر الأهلية عنده . إذ أن الأهلية لا تستلزم في الشخص . إلا عند إجرائه تصرفاً من شأنه أن يترتب أثراً قانونياً يلحق ذات نفسه . والأثر الذي يترتب على التعاقد الذي يحصل بطريق النيابة . لا يلحق النائب الذي يجريه . وإنما ينصرف إلى الأصل ، كما سيجي بعد قليل . ومن هنا كانت الأهلية غير ذات موضوع في مجالنا . وهكذا يسوغ . كقاعدة عامة ، لأى من ناقصى الأهلية ، مادامت الإرادة متوفرة عنده ، كالصبي المميز والمجنون عليه للسفه أو للغفلة : أن يتعاقد بالنيابة عن غيره <sup>(١)</sup> . ويكون عقده هنا صحيحاً ، حتى لو كان من شأن هذا العقد ، لو أنه أبرمه عن نفسه . أن يقع باطلا أو قابلاً للإبطال .

وإذا كانت القواعد العامة في النيابة لائحتم في النائب توافر الأهلية ، فإن القانون يستلزم فيمن يتولى النيابة القانونية عن غيره توافر الأهلية بالنسبة إلى شئون نفسه . وهذا هو ما تقتضيه المادة ٢ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المسال بالنسبة إلى الولي . حيث جاء فيها : « لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية ، إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو » . وهو ما تقتضيه أيضاً . بالنسبة إلى الوصى والقيم . المادتان ٢٧ و ٦٩ من القانون السابق ، حيث تنصان على وجوب أن يكون كل منهما عدلاً كفؤاً ذا أهلية .

بيد أن ما يقتضيه به القانون من وجوب توافر الأهلية بالنسبة إلى من يتولى النيابة القانونية . لا يقدح في سلامة الحكم الذي يقضى بعدم ضرورة توافر

---

(١) انظر في هذا الاتجاه : السهوى ، المرجع السابق نبذة ٨٧ - أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد نبذة ١٢٦ - جمال ذكى المرجع السابق ، نبذة ٥٦ .

الأهلية في النائب . باعتبار أنه ينهض مبدأ عاماً . ويمكن التمسك مع هذا المبدأ في النيابة الاتفاقية . كالوكالة . حيث يترك اختيار النائب لإرادة الأصيل . فإن وكل الأصيل شخصاً آخر : في إجراء تصرف معين ، وأجره الوكيل بالفعل . وقع التصرف صحيحاً . حتى لو كان الوكيل عند إجرائه غير أهل لإبرام تصرف يمثله في حق نفسه . مادامت الإرادة متوافرة لديه <sup>(١)</sup> .

يخلص مما سبق أن أساس النيابة هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إجراء التصرف . بحيث إن النائب يعبر هنا عن إرادته هو . وبحيث إن إرادته هذه هي التي تنشئ التصرف . وهي التي ترتب الأثر القانوني المتولد عنه . أو تسهم في ترتيبه مع إرادة المتعاقد الآخر ، على حسب الأحوال . وينتج عن ذلك أنه يلزم ، لاعتبار الشخص نائباً عن غيره في إجراء التعاقد . أن يكون له بعض من حرية التقدير في شأنه . إن لم يكن له كله . حتى يتاح لإرادته أن تظهر وتعمل . فإن انعدمت حرية التقدير لدى الشخص ، بحيث كان مجرد أداة لنقل إرادة الأصيل إلى الطرف الآخر ما اعتبر نائباً . بل مجرد رسول . والفارق جد كبير بين الاثنين . كما سيبيح بعد قليل .

وإذا كانت إرادة النائب هي التي تنشئ التصرف الذي يتم عن طريق النيابة . وجب أن نعتد بهذه الإرادة ذاتها . دون إرادة الأصيل . لتحديد ما إذا كان الرضاء بهذا التصرف قد قام صحيحاً ، أم أنه قد لحقه الفساد . بسبب أن عيباً قد شابه . وكذلك الشأن بالنسبة إلى تحديد حسن النية أو سوءها ، حيث يجب النظر فيهما إلى شخص النائب : لا إلى شخص الأصيل . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٤ في فقرتها الأولى بأنه : « ١ — إذا تم العقد بطريق النيابة . كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الإرادة . أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة . أو افتراض العلم بها حتماً » .

(١) انظر : استئناف وطني ٨ يونيو ١٩١٥ . المجموعة الرسمية ص ١٦ ص ١٤٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه يجوز للسفيه المجهو . عليه أن يكون وكيلاً عن الغير . ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه وإنما باسم موكله .



فعند النظر فيها إذا كان الرضاء الذى قام على أساسه التعاقد الحاصل بطريق النية قد وقع صحيحاً أم أن عيباً قد شابته . يجب أن نعتد أساساً بإرادة النائب . دون إرادة الأصيل .

فإن كانت إرادة النائب قد تعينت . نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وقع الرضاء فاسداً . وكان العقد بالتالى قابلاً للإبطال . حتى لو كان الأصيل نفسه لم يقع ضحية للعيب . فإذا اشترى الوصى . مثلاً . ساعة لحساب قاصره . معتقداً أنها من الذهب الخالص ، فى حين أنها فى الحقيقة من الفضة المطلاة بالذهب . تعينت إرادته بالغلط . وكان العقد قابلاً للإبطال على أساسه . على فرض توافر شروط إعماله . حتى لو كان القاصر ، وهو الأصيل فى التعاقد والذى تنصرف إليه آثاره ، لم يقع فى الغلط . بأن كان على بينة من حقيقة الساعة . ويسرى نفس الحكم . لو أن الوصى كان ضحية للتدليس ، أو للإكراه أو للاستغلال ، دون القاصر .

أما إذا كان الأصيل هو الذى وقع ضحية لعيب من عيوب الرضاء . حالة كون النائب الذى أجرى عنه التصرف . لم يقع فى هذا العيب . فإن الرضاء يعتبر سليماً ، والعقد بالتالى يقوم صحيحاً . كأصل عام . فلو أن الوصى ، فى المثال السابق سرده ، كان عالماً بحقيقة الساعة التى اشتراها لحساب قاصره . ولكن هذا القاصر هو الذى وقع فى غلط ، بأن كان يعتقد أن الساعة من الذهب الخالص . فإن الرضاء بالبيع يعتبر سليماً . والعقد بالتالى صحيحاً . ولا يعتد بما وقع فيه القاصر من غلط .

وما قلناه بشأن عيوب الإرادة يسرى على حسن النية أو سوءها أو على تطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف . فإن استلزم القانون . لترتيب أثر معين أن يكون المتعاقد على علم ببعض الظروف الملازمة أو على جهل بها . فلأننا . كقاعدة عامة ، ننقص هذا العلم أو ذاك الجهل فى شخص النائب . لا فى شخص الأصيل . فيلزم . مثلاً . لصحة البيع ، أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً ، وإلا كان للمشتري طلب لإبطال البيع ( المادة ٤١٩

مدني) (١). فإذا اشترى الولى شيئاً نيابة عن قاصره ، وجب تطلب العلم بالمبيع في الأول دون الثاني (٢).

يخلص مما سبق أنه ، اعتباراً بأن لإرادة النائب محل محل لإرادة الأصل في إبرام التصرف ، وأنها هي التي تبرمه دون إرادة الأصل : فإنه يتوجب تقصى عيوب الرضاء في شخص النائب ، دون الأصل . بيد أن هذا الحكم ليس مطلقاً ، إذ أنه يتقيد بعض الشيء في النيابة الاتفاقية . وذلك في الحالة التي يتصرف فيها النائب الاتفاقى وفقاً لتعليمات محددة تلقاها من الأصل . ففي هذه الحالة ، يمنع على الأصل ، في حدود تنفيذ تعليماته ، أن يتمسك بجهل نائبه أموراً كان يعلمها هو ، أو كان مفروضاً فيه حتماً أن يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتراف بما شاب رضاء الأصل من عيوب . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٤ / ٢ بأنه : « ٢ - ومع ذلك إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » (٣).

(١) والحكم الذي أوردته المادة ٤١٩ مدني والذي يتطلب لصحة عقد البيع أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً يتوافق مع ما يقول به الفقه الإسلامي ، الذي هو من بعد تقنين لقول الرسول عليه أفضل صلوات الله : « من اشترى شيئاً لم يره ، فله الخيار إذا رآه » .  
(٢) والمجلة تقول بحكم مماثل حيث تعتبر رؤية الوكيل بمثابة رؤية الأصل مسقطاً لخيار الرؤية (المادة ٣٣٣) ، بخلاف رؤية الرسول (المادة ٣٣٤) .

(٣) وحكم المادة ١٠٤ بفقرتها الأولى والثانية مستوحى من نص المادة ١٦٦ من القانون الألماني . ثم وجد النص المصري مكانه الرحب في المدونات العربية الأخرى التي نقلت عنه ، كالقانون السوري (المادة ١٠٥) ، والقانون الليبي (المادة ١٠٤) ، والقانون الأردني (المادة ١١١) . وجاء القانون المدني الكويتي بحكم مماثل ، وذلك في المادة ٥٦ منه ، وإن أدخل على صياغة الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ مصري تمديداً هاماً ، وذلك من ناحيتين . فأورد أن حكمها يخص من تنشأ نيابته بمقتضى اتفاق ، بدلاً من القول بأن حكمها يخص الوكيل . لأن النيابة الاتفاقية في الحقيقة أم من الوكالة ، وفق ما يذهب إليه الفكر القانوني المعاصر ، الذي أخذ يميز عن الفكرة التقليدية التي ترى في النيابة الاتفاقية مجرد وكالة . وفي هذا الخصوص ، اتجه القانون الكويتي إلى المصدر الأصل للنص المصري ، المتمثل في الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون الألماني ، حيث خصت حكمها من تمهد إليه النيابة بمقتضى تصرف قانوني . والتعديل الثاني الذي أوردته المشرع الكويتي أنه ذكر وجوب الاعتراف بشخص الأصل بالنسبة =

فلذا وكل شخص آخر ، مثلاً ، في شراء بيت معين لحسابه ، فإنه لا يستطيع أن يتمسك في مواجهة البائع بأن وكيله لم يكن يعلم بالبيت الذي اشتراه له . إذا كان هو يعلم به . وإذا كان الموكل قد فوض وكيله في شراء البيت الذي عينه له في حدود ثمن معين ، واشتراه الوكيل بالفعل في حدود هذا الثمن . فإنه يتمتع على الموكل أن يتمسك بوقوع النائب في غلط في أمر من أمور المنزل ، إذا كان هو نفسه لم يقع في هذا الغلط . أما إذا كان الموكل في الحالة التي نحن بصدددها ، هو الذي وقع في الغلط ، أمكنه أن يتمسك بإبطال البيع على أساسه .

وليس في الحكم الذي ذكرناه حالاً خروج . في الحقيقة ، على الأصل العام القاضي بأنه يعتد بشخص النائب لا بشخص الأصل في تقصى عيوب الرضاء وفي العلم أو الجهل بالأمور الخاصة . إذ أن من يتولى أمر التعاقد لحساب غيره ، لا يعتبر نائباً عنه . إلا في حدود ما يجيء فيه التعاقد تعبيراً عن ذات إرادته . فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الأصل . غلبت عليه : في حدود تنفيذه تلك التعليمات . صفة الرسول ، لا النائب .

ويلاحظ أن مؤدى حرفية نص المادة ١٠٤ / ٢ أن يقتصر حكمه على علم الأصل بظروف تجهلها وكيله . ومع ذلك ينبغي . لاتحاد العلة ، تعميم هذا الحكم على حالة وقوع الأصل ضحية لمعيب من عيوب الرضاء <sup>(١)</sup> . إذ أن الوكيل . في حدود تنفيذ تعليمات موكله . هو أقرب إلى أن يكون رسولا منه إلى أن يكون نائباً على نحو ما بيناه حالاً .

#### ١١٠ - ثالثاً : إجراء التصرف باسم الأصل ولحسابه :

رأينا ، فيما سبق . أساسين من أسس التعاقد بطريق النيابة ، يتمثل أولهما

= إلى عيوب الرضاء ، عندما لا يفعل النائب إلا تنفيذ تعليماته ، ولم يقتصر في ذلك على علم الأصل ببعض الظروف أو افتراض حكمه بها . وفي ذلك تجديد تفرضه الملائمة ويتفادى به عيب اتسمت به صياغة النص الألماني ، ومن بعده النص المصري وما تبعه من نصوص عربية أخرى ( راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المدنى الكويتى فيما جاء فيها تعليقاً على المادة ٥٦ منه ) .

(١) « انظر في هذا الاتجاه : حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نيلة ١٢٧ » .

في قيام النيابة في ذاتها . ويتمثل الثاني في حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل في إبرام التصرف . والأساس الثالث لذلك النوع من التعاقد هو إجراء النائب التصرف باسم الأصل والحسابه .

فن أسس النيابة أن يتعاقد النائب باسم الأصل والحسابه . أى بصفته نائباً عنه . ولا يكتفى أن يضمّر النائب هذا الأمر . بل يجب أن يعلنه للشخص الذى يتعاقد معه وقت التعاقد . أو فى الأقل أن يكون هذا الأخير عالماً به حينئذ من أى طريق آخر . أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به . فإذا لم يعلن النائب لمن يتعاقد معه . عند التعاقد ، أنه يتعاقد معه بصفته نائباً ، ولم يعلم هذا الطرف الثانى بذلك من طريق آخر . ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به . فإنه لا يجبر على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل . ما لم تنتف مصلحته بالكلية في تجاهله . بأن كان يستوى لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل . أو بينه وبين النائب بصفته الشخصية . وفى ذلك تقضى المادة ١٠٦ بأنه : « إذا لم يعلن التعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً . فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصل دائماً أو مديناً . إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصل أو النائب » .

فإذا لم يعلن النائب . عند التعاقد . لمن يتعاقد معه أنه يتعاقد بوصفه نائباً عن أصله . ولم يعلم المتعاقد معه حينئذ بصفته هذه من طريق آخر ، ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بذلك وفقاً لظروف الحال ، فإن هذا الأخير . كأصل عام . لا يجبر على الاعتداد بوصف النيابة . ولا يجبر بالتالى على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصل . وعلة هذا الحكم واضحة تماماً . فطالما أن المتعاقد مع النائب لم يعلم بأن شريكه فى العقد قد أبرمه معه بوصفه نائباً عن أصل معين . ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بهذا الأمر . فإنه لم يقصد بالضرورة التعاقد مع هذا الأصل . وإنما أراد أن يكون التعاقد بينه وبين النائب بصفته الشخصية . ومن هنا كان حقه في تجاهل الأصل . وعدم اعتبار العقد قائماً معه . إذا أراد ذلك بطبيعة الحال .

يخلص من كل ماسبق أنه يلزم . لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، أن يبرم النائب العقد باسم الأصيل وحسابه .

وإذا كانت القاعدة هي أنه يتوجب على النائب أن يعلن لمن يتعاقد معه . عند إبرام العقد . أنه يبرمه باسم الأصيل وبوصفه نائباً عنه : إلا أنه يرد على هذا الأصل الاستثناءان الآتيان :

١ - إذا كان الشخص الذي تعاقد معه النائب عالمًا ، عند التعاقد . بأن هذا الأخير قد تعاقد معه بهذه الصفة . أو في الأقل كان من المفروض حتمًا أن يعلم بذلك . ومثال هذه الحالة أن يذهب شخص إلى محل تجارى ، فيشتري سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدمييه . فهنا يعتبر المستخدم أنه قد أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل التجارى . إذا أن المشتري كان يعلم عند الشراء بصفته هذه . أو في الأقل كان من المفروض عليه حتمًا أن يعلم بها . وهكذا فالعلم من المتعاقد الآخر بالنيابة . أو حتى كون الظروف تملئ عليه حتمًا أن يعلم بها ، يقنع بمثابة إخطاره بها من النائب .

٢ - إذا كان يستوى عند من تعاقد مع النائب أن يعتبر التعاقد حاصلًا معه هو . أو مع الأصيل . ومثال هذه الحالة أن يزمع شخص شراء منزل أو أرض بصفته ولياً عن ابنه القاصر . ويبرم الشراء بالفعل . دون أن يعلن للبائع صفته هذه ؛ في هذه الحالة : إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملاً . فإنه يستوى لديه أن يكون التعامل حاصلًا بينه وبين الابن أو بينه وبين الأب . فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلًا لحساب ابنه . كان له ماأراد . وحق له إلزام البائع على أن يجاريه فيه . إذ أنه لا مصلحة هنا للبائع في عدم التجاوب مع الأب فيما أراده . ولادعوى بلامصلحة .

١١١ - وإذا لزم . لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النيابة . أن يكون النائب قد أعلن لمن أجرى التعاقد معه بأنه يعمل باسم الأصيل وحسابه ، أو كان هذا الأخير عالمًا بالنيابة من طريق آخر . أو كان مفروضاً فيه حتمًا أن يكون عالمًا بها ؛ إذا لزم ذلك . خرجت عن نطاق النيابة الحالة التي

يريد فيها شخص إبرام صفقة معينة لنفسه . دون أن يظهر بشخصه كطرف فيها فيتفق مع آخر على أن يبرمها باسمه ( باسم هذا الآخر ) ، على أن تنصرف آثارها إليه هو بطريقة أو بأخرى . وهذه حالة التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار <sup>(١)</sup> . ومثال هذه الحالة أن يريد زيد شراء أرض من غير أن يظهر كمشتري لها : فيلجأ إلى بكر . ويتفق معه على شراء هذه الأرض باسمه ( باسم بكر ) ، على أن تنصرف آثار الشراء إليه هو ( إلى زيد ) ؛ فهنا لا يعتبر التعاقد ، بالنسبة إلى البائع : حاصلًا بطريق النيابة . ويسوع له أن يتجاهل زيداً ؛ ويصر على اعتبار بكر هو المتعاقد معه بصفته الشخصية دونه ، ما لم يستو لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين بكر أو بينه وبين زيد .

ولا يعتبر كذلك تعاقدًا بطريق النيابة ذاك الذى يجريه الوكيل بالعمولة <sup>(٢)</sup> . وذلك في علاقته مع من يجرى التعاقد معه . برغم أنه يجريه لحساب الموكل .

(١) و (٢) على أنه يلاحظ في التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار من ناحية ، وفي الوكالة بالعمولة من ناحية أخرى ، أن الخروج عن نطاق النيابة لا يكون إلا بالنسبة إلى من يتعاقد مع من يبرم اسمه أو مع الوكيل بالعمولة . أما في العلاقة بين من يبرم اسمه ومن يستعيده ، أو في العلاقة بين الوكيل بالعمولة ووكله ، فالنيابة تعتبر قائمة ويصل بها في حقهما ، الأمر الذى يتعين معه على من يبرم اسمه أو على الوكيل بالعمولة أن ينقل آثار التصرف الذى يجريه مع من يتعاقد معه إلى من استمار اسمه أو إلى من وكله . وهكذا توجد النيابة هنا بين النائب والأصيل وحدهما ، دون الغير الذى يتعاقد النائب معه . ولما كانت هذه النيابة القاصرة المهدودة لا تكون إلا في حالة النيابة الاتفاقية المفضلة أساساً في الوكالة ، ولما كانت تلك الوكالة لا تظهر لغير طرفيها ، فقد جرى الفقه والتضاء على تسميتها بالوكالة المستتر . انظر في خصوص التعاقد بالإسم المستعار : نقض ١٩ أكتوبر ١٩٧٦ ، طعن ٤٥٨/٤٠٠ مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٤٦٧ قاعدة ٢٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم « أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره ، لا بصفته وكيلًا ولكن بصفته أصيلاً ، ذلك أن وكراته في هذه الحالة تكون مستتره ، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله في إبرام العقد . وحكم هذه الوكالة المستتره أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة المسافرة ، فيصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل ، وإذ من يتعاقد مع الوكيل المستتر » . ويلاحظ أن الشطر الأخير من عبارة الحكم غير صحيح . فالمتعاقد مع صاحب الاسم المستعار لا يلزم بأن ينصرف أثر العقد بينه وبين من يستعيده إلا إذا أراد هو ذلك ، إذ أن الفرض أنه يجهل الوكالة . وانظر أيضاً نقض ٢٩ نوفمبر ١٩٦٤ ، طعن ٣٠/١٧ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ١٠٧٣ قاعدة ١٥٨ . -

فى نظير عمولة يقتضيها منه . لأن الوكيل بالعمولة يجرى التصرف مع العملاء باسمه هو شخصياً ، وليس باسم الموكل .

#### ١١٢ - أثر علم إعلان النائب صفته :

رأينا أن يلزم ، لاعتبار التعاقد حاصلًا بطريق النيابة ، أن يعلن النائب لمن يتعاقد معه ، عند التعاقد ، أنه يرم العقد باسم الأصل وحسابه ، بوصفه نائباً عنه ، أو أن يكون المتعاقد معه عالمًا بذلك أو مفروضاً فيه أن يعلم به حتماً أو أن يستوى لديه أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب بشخصه أو بينه وبين الأصل ، اعتباراً بأنه لادعوى بلا مصلحة . وإذا حصل شيء من ذلك توجب على من تعاقد معه النائب الاعتداد بالأصيل ، واعتبار أن التعاقد قد تم بينه وبينه . وتصرف إليهما وحدهما بالتالى آثار العقد . دون النائب الذى تعتبر مهمته قد انتهت بإبرام العقد لحساب الأصيل .

ولكن ما الحكم إذا لم يعلن النائب ، عند التعاقد صفته ، ولم يعلم بها المتعاقد الآخر ، ولم تكن ظروف الحال تفرض عليها أن يعلم بها حتماً . وكانت لمن تعاقد معه النائب ، بعد ذلك كله ، مصلحة ظاهرة فى عدم اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل ؟

القاعدة فى ذلك أنه إذا لم يكن المتعاقد مع النائب مجبراً على اعتبار التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل ، ولم يرتضه ، اعتبر التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب شخصياً ، دون أن يكون للنائب أن يتمسك بانصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل .

فى الحالة التى نحن بصدددها يكون لمن تعاقد مع النائب الخيار بين أمرين : فإما أن يرتضى أن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين الأصيل ، وإما أن

---

= وقد جاء فى هذا الحكم أن من يغير اسمه ليس إلا وكيلًا لمن أعزده ، ولكن الوكالة مستترة . ومقتضى ذلك أن الصفقة تم لمصلحة الموكل وحسابه ، فيكسب كل ما ينشأ من التعاقد من حقوق ، ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً . وانظر كذلك : نفس ١١ يناير ١٩٧٣ ، حن ٢٨٠/٧٣ مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٧٣ قاطعة ١٤ .

يصر على أن يتجاهل الأصيل ، وأن يكون التعاقد حاصلًا بينه وبين النائب باعتبار شخصه ، وليس باعتباره نائباً .

فإذا اختار المتعاقد مع النائب الأمر الأول ، ففؤدى ذلك أنه يتجاوب مع إدعاء النائب بأنه تعاقد معه بوصفه نائباً عن الأصيل ، ومن ثم يقوم التعاقد بينه وبين الأصيل . وليس في هذا الأمر ما يستدعي الإيضاح ، اللهم إلا بيان أن اعتبار التعاقد هنا حاصلًا مع الأصيل . إنما يجيء برضاء الطرف الثاني واختياره . دون ما جبر عليه في ذلك ، بخلاف الحالة التي يعلن فيها النائب صفته عند التعاقد . أو يكون الطرف الثاني عالماً بها حينئذ . أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بها ، أو حتى كان يستوى لديه أن يكون المتعاقد معه هو النائب بشخصه أو هو الأصيل ، حيث يكون الطرف الثاني هنا مجبراً على أن يكون تعاقد مع الأصيل . وليس بخيراً فيه . على نحو ما سبق لنا بيانه . وأبرزته المادة ١٠٦ ملقى .

أما إذا لم يرفض المتعاقد مع النائب أن يكون تعاقد مع الأصيل ، جزئاً له ذلك . وحق له أن يتمسك بقيام التعاقد بينه وبين النائب شخصياً . أى باعتبار ذاته . وليس بوصفه نائباً عن أصيله . وهذا هو خياره الثاني .

والحق إنه يمكن لهذه المسألة أن تترك مجالاً لبعض من الشك . ذلك لأنه قد يقال إنه إذا كان المتعاقد مع النائب قد قصد . في حالتنا ، التعاقد مع النائب باعتبار ذاته . فإن النائب نفسه لم يقصد أن يتعاقد على هذا الاعتبار . ومن شأن هذه المقولة : لو أعلنها بذاتها . أن تؤدي إلى بطلان العقد بالكلية . اعتباراً بأن الإرادتين لم تتلاقيا .

وهذا النظر على وجاهته يقابله نظر آخر ربما كان أولى بالاتباع . إذ أن المتعاقد مع النائب من جهته — والفرض أنه لم يخطر بالنيابة ولم يعلم بها — قد قصد التعاقد مع النائب ، لا بصفته وإنما بذات نفسه . أما النائب . فحقى لو قصد في قريرة نفسه أن يكون التعاقد حاصلًا باسم الأصيل ولحسابه . واستطاع إثبات ذلك على شديد عمره ، إلا أنه طالما لم يعلن عن قصده ذاك . فلا يعتد



به . لأن العبرة في مقصود المتعاقد بما يظهر للعالم الخارجي عن طريق التعبير عنه . وهو ما أرادت المادة ٨٩ أن تستظهره بقولها إن العقد يتم بتبادل الطرفين « التعبير عن إرادتين متطابقتين » . فالقانون لا يدخل في اعتباره مجرد النية . إذ ظلت حبيسة النفس : تقنع بأن تحالج الفؤاد والضمير . وإنما يتحتم لذلك أن يعبر صاحبها عنها . ثم إن النائب . بعدم إعلانه عن إبرامه التصرف لحساب أصيله : يرتكب خطأ من شأنه أن يحمله بتعويض الطرف الآخر إعمالاً للمسئولية التقصيرية . وخبر تعويض هنا هو التعويض العيني المتمثل في الاعتداد بالصفقة على نحو ما اعتقده هذا الطرف الآخر . أى على اعتبار أنها حاصلة مع النائب بصفته الشخصية .

#### ١١٣ - رابعة : التزام النائب بحدود نيابته :

تناولنا . فيما سبق . المقومات أو الشروط الثلاثة الأولى للتعاقد بطريق النيابة . وهى ثبوت صفة النيابة فيمن يجرى التعاقد . وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام التصرف . وإجراء النائب التصرف باسم الأصيل وحسابه . والشروط الأربع والأخير هو التزام النائب بحدود نيابته . دون تجاوز لها .

فيلزم . لاعتبار التعاقد حاصلاً بطريق النيابة . ومن ثم لانصراف أثره إلى الأصيل . أن يكون النائب قد أجراه في حدود سلطة النيابة الممنوحة له . فإن خرج النائب عن حدود نيابته . كما إذا باع الولي ( الأب ) عقار أولاده القصر الذي آلت ملكيته إليهم بطريق الشراء من مال والدتهم دون أن يحصل على إذن المحكمة . بمخالفة المادة ٧ من قانون الولاية على المسال التي تستلزم هذا الإذن <sup>(١)</sup> ، وكما إذا قايضت الوصية على أموال قاصرها بغير الحصول

---

(١) انظر نفق ٣١ يناير ١٩٧٧ ، طعن ٥٠٨/٤٢ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٨

على إذن المحكمة بمخالفة المادة ٣٩ من قانون الولاية على المسال (١) . وكما إذا وكل شخص رجلاً في تأجير ماله ، فجاء الوكيل وباع هذا المال (٢) . فإن تصرف النائب لا يعتبر هنا حاصلًا بالنيابة عن الأصل ، وهو بالتالي لا ينفذ في حق هذا الأخير مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون (٣) ، شأن النائب الذي يتجاوز حدود نيابته هذا شأن من لم تثبت له النيابة أصلاً ، فكلاهما يعتبر في حكم الأجنبي عن صاحب الشأن ، ولا يسرى من ثم تصرفه عليه ، مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون . وهذا الحكم ، فضلاً عن أن القواعد القانونية العامة لنظرية العقد تقضي به . فإنه يمكن استخلاصه بمفهوم المخالفة عن حكم المادة ١٠٥ .

١١٤ - ومن البدهة أنه يلزم ، لكي يعتبر النائب أنه قد تصرف في حدود نيابته ، أن تكون تلك النيابة قائمة لم تنقض عند إجراء التصرف . فإن زالت النيابة عن شخص ، بأن كان وكيلًا ، مثلاً . وتم عزله أو مات موكله . أو كان وصياً ثم عزل من الوصاية أو انتهت عنه ببلوغ قاصره سن الرشد أو بموته ؛ إن زالت النيابة بأي سبب . فإن كل تصرف يجريه

(١) انظر نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ من ٧٣ قاعدة ١٢ .

(٢) انظر نقض ١٤/٤/١٩٧٣ ، طعن ٣٨/٢٢ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ من ٦٠٨ قاعدة ١٠٧ .

(٣) يلاحظ أن محكمة النقض جاءت ، في حكم صار منها في ٢١ يناير ١٩٦٥ (طعن ٣٠/١٠٧ ق مجموعة النقض س ١٦ من ٧٣ قاعدة ١٢) ، تقول إن تصرف النائب الذي يتجاوز به حدود نيابته يقع باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة الأصل (نفس الالتجاء : تمييز الكويت ٢/٢/١٩٧٦ طعن ١٩٧٤/٤٨ تجاري) . والتكييف الصحيح هو أن العقد هنا يقع غير نافذ في حق الأصل . لأن البطلان النسبي ، وبعبارة أدق القابلية للإبطال لا يكون إلا في العلاقة بين طرفي العقد . والنائب الذي يتجاوز حدود نيابته يكون في حكم الغير . وقد عادت محكمتنا العليا إلى التكييف الصحيح في أحكامها التالية ، حيث قضت بأن العقد في حالتنا يقع غير نافذ في حق الأصل ( انظر : نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ الصادر في الطعن ٤٢/٥٠٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٨ من ٣١٠ - نقض ١٦ إبريل ١٩٧٣ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ من ٦٠٨ . وقد سبق الإشارة إلى هذين الحكمين ) .

النائب بعد ذلك يعتبر بالضرورة خارجاً عن حدود نيابته ، ولايسرى بالتالى فى حق الأصيل . إلا إذا أقره . هذا هو الأصيل العام .

بيد أن هذا الأصل ليس مطلقاً . فقد أوردت عليه المادة ١٠٧ استثناءاً هاماً ، حيث جاءت تقضى بأنه : « إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه . حقاً كان أو التراماً . يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » .

فإذا انتهت النيابة : ثم أجرى النائب التصرف باسم الأصيل . حالة كونه هو ومن تعاقد معه مجهلان معاً انتهاء نيابته . كما إذا كان الموكل أو القاصر قد مات دون علم من هذا ومن ذاك على السواء . فإن التعاقد يعتبر أنه قد تم من النائب بوصفه هذا ، وبالتالى تنصرف آثاره إلى الأصيل : إن كان حياً ، وإلى خلفائه من بعده إن كان قد مات . ويلاحظ أنه يلزم للعمل بحكم النيابة هنا أن يكون كل من النائب ومن تعاقد معه جاهلاً كلاهما انبثاها<sup>(١)</sup> ، فلا يكتفى أن يجمله أحدهما دون الآخر<sup>(٢)</sup> . كما أنه يلاحظ أن محكمة النقض قد توسعت وبحق فى إعمال حكم المادة ١٠٧ . فجعلته يسرى على إجراءات التداعى أمام المحاكم ، مقررمة صحة هذه الإجراءات . حتى ما جاء منها فى مواجهة النائب بعد زوال نيابته . مادامت المحكمة لم تنبه إلى زوالها<sup>(٣)</sup> .

---

(١) ولعل التوفيق قد جانب مشرعنا فى صياغة المادة ١٠٧ . فقد كان من الأوفق . على الأقل بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية ، أن يكتفى ، لقول ببقاء النيابة قائمة ، بمجهل النائب المتعاقد مع انبثاها ، إذا كان له من ظروف التعاقد ما يملئه عن التوقع فيه ، استقراراً للمعاملات من وجه ، وتمشياً مع القاعدة العريقة التى تقضى بأن المظهر الخادع يحصى التفتوح ، أو كما يقال عادة وإن كان بمباراة أقل دقة ، الخطأ الشائع يؤكد الحق ، من وجه آخر .

(٢) انظر نقض ٣٠ مايو ١٩٦٣ ، طعن ٢٨/١٦٠ فى مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٧٥٩ قاعدة ١٠٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط إضافة أثر العقد الذى يبرمه النائب مع الغير إلى الأصيل أو خلفائه بعد انقضاء النيابة هو أن يكون النائب والغير كلاهما معاً جاهلين بإنقضاء النيابة وقت التعاقد .

(٣) انظر نقض ١٥ ديسمبر ١٩٦٦ ، طعن ٣٢/١٥٩ فى مجموعة أحكام النقض س =

## ١١٥ - أثر النيابة :

إذا تم التعاقد بطريق النيابة . وتوافرت الشروط التي حددناها ، فإن التصرف الذي يجريه النائب ينتج آثاره ، لا في حقه هو . ولكن في حق الأصل . وفي هذا تقضى المادة ١٠٥ بأنه : « إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقداً باسم الأصل : فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصل » (١) .

فالحقوق والتزامات التي تترتب على التعاقد بطريق النيابة تنصرف إلى الأصل : لا إلى النائب . وهي تنصرف إليه مباشرة . أى من غير المرور بذمة النائب . وهكذا يسوغ للأصل أن يطالب المتعاقد الآخر مباشرة بالحقوق التي رتبها التعاقد الحاصل بوساطة نائبه . وكذلك يجوز لهذا المتعاقد الآخر أن يطالب الأصل بحقوقه المتولدة من العقد : دون أن يكون له مطالبة النائب . باعتبار ذاته . بشئٍ منها . وعلى العموم يعتبر الأصل هو المتعاقد مع الطرف الآخر (٢) . دون نائبه .

---

١٧ من ١٦٨٠ قاعلة ١٣٨ . وقد قضى هذا الحكم بأن بلوغ الخصم القاصر من الرشد أثناء سير الدعوى ، واستمرار والدته الوصية عليه في تمثيله ، دون تنبيه المحكمة ، لا يمنع من اعتبار حضورها عنه منتجاً لإثارة القانونية على أساس من النيابة الاتفاقية . وغنصت إلى صحة اختصاصها : كمطلقة له في الاستئناف الذي يرفع عن الحكم الصادر في الدعوى . وأنظر أيضاً : نقض ١٨ نوفمبر ١٩٧٦ طعن ٥٨٩/٢٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ١٦١٩ قاعلة ٣٠٠ . (١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي عن المادة ١/١٥٨ التي أصبحت . بعد تعديل طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٥ من القانون ، ما يأتي : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتدال به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعل التقيض من ذلك ينبغي أن يرجع إلى شخص الأصل وحده . عند تعيين مصير آثاره . فالأصل دون النائب هو الذي يعتبر طرفاً في التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب عنه من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم في شأن النيابة القانونية » .

(٢) أنظر نقض ٢٦ مارس ١٩٧٤ ، طعن ١٦٧/٣٩ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٥٧٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن الأصل لا يعتبر غيراً ، فهو يمثل في التصرف بوكيله الذي أديره خصابه .

وهكذا فإن كان النائب هو الذى ينشئ التصرف ، فإنه يخفى تماماً عند إعمال أثره ، ولا يصح له اتسك بهذا الأثر بصفته الشخصية <sup>(١)</sup> . فالعقد يعتبر قائماً بين الأصيل وبين المتعاقد الآخر ، وليس بين هذا الأخير وبين النائب . الذى لم يكن إلا مجرد أداة لإبرام العقد لحساب الأصيل .

وإذا كان مقتضى النيابة أن تنصرف آثار العقد الذى يبرم عن طريقها إلى الأصيل ، الذى يعتبر كما لو كان هو الذى أبرم العقد بذات نفسه . إلا أن ذلك لا يقع ولا تسرى آثار العقد في مواجهة الأصيل . إذا ثبت أن النائب قد أجراه بالغش والتواطؤ مع من تعاقد معه إضراراً بالأصيل . إذن الغش يفسد كل شيء <sup>(٢)</sup> .

#### ١١٦ - انتهاء النيابة :

إذا انتهت النيابة ، فقد النائب الصفة التى كانت ثابتة له في تمثيل الأصيل وأصبح بذلك من الغير بالنسبة إليه . ومن ثم فالتصرفات التى يجرىها بعدئذ باسمه تعتبر غير نافذة في حقه ، مالم يحصل إقرارها وفقاً للقانون ، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها في المادة ١٠٧ : والتي عرضنا لها قديماً سبق <sup>(٣)</sup> .

ولسنا هنا بصدد بيان أسباب انتهاء النيابة . فهي تختلف باختلاف حالاتها المتنوعة العديدة والمبعدة في نواح كثيرة من القانون . وإنما يحسن هنا أن نبرز حكماً عاماً مشتركاً يسرى في جميع حالات انتهاء النيابة . ومؤداه التزام النائب أن يرد ، فور انتهاء نيابته . ما عساه أن يكون قد تسلمه كدليل لثبوتها

---

(١) وإن كان له بالضرورة أن يطالب بإعمال هذا الأثر في حق الأصيل بوصفه قائماً عنه . إذا كانت نيابته عنه قائمة وقتذاك .

(٢) انظر في ذلك : نقض ٧ إبريل ١٩٧٦ ، طعن ٢٧٣/٤٢ ق مجموعة أحكام النقض ص ٢٧ من ٨٨٦ قاعدة ١٦٩ . وقد جاء في هذا الحكم : « لئن كان الأصل ، وفقاً للمادة ١٠٥ من القانون المدني ، أن ما يبرمه الوكيل في حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل . إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش . فإذا تواضع الوكيل مع الغير ليضار بحقوقه موكله ، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إليه أنوكي » .

(٣) راجع ما سبق ، نيتة ١١٤ .

له ، كما إذا كان قد تسلم صورة من عقد توكيل مثلاً ، أو صورة حكم بتعيينه وصياً أو حارساً قضائياً ، أو كان قد تسلم ملابس أو نحوها مما يجعله الشركات أو افذيئات زياً خاصاً لمن تنبيه عنها في تحصيل مستحقها .

#### ١١٧ - التعاقد مع النفس :

مؤدى إعمال نظرية النيابة إمكان أن يتعاقد الشخص مع ذات نفسه ، بمعنى أن يبرم هو وحده العقد وإن تعددت صفته ، دون أن يسهم أحد آخر معه في إنشائه . ويتصور هذا الوضع في إحدى حالتين :

( الأولى ) أن يبرم شخص العقد بصفته أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره .  
كما إذا وهب الأب - بصفته الشخصية : ماله لابنه ، ثم قبل الهبة - بصفته ولياً عنه ، وكما إذا أبرم مدير الشركة بصفته الشخصية عقد ودیعة مع الشركة نفسها باعتباره ممثلاً القانوني<sup>(١)</sup> .

( الثانية ) أن يبرم شخص العقد بصفته نائباً عن كل من طرفيه ، كما إذا باع الأب مال أحد أبنائه لابن ثان له - بوصفه ولياً عن الاثنين .

وإذا كان إعمال نظرية النيابة يميز في ذاته التعاقد مع النفس . إلا أن ملاحظات هذا النوع من التعاقد تدعو إلى شيء من الارتياب فيه ، بالنسبة إلى الأعم الأغلب من حالاته . إذ أنه من المحتمل أن يؤثر التعاقد مع نفسه مصلحته هو على مصلحة من ينوب عنه . أو يؤثر مصلحة أحد ممن ينوب عنهما على حساب الآخر . من أجل ذلك ، نجد الشرائع المختلفة لا تقر نظام التعاقد مع النفس في عومه وشموله ، وإن تغايرت منها الوسيلة . فمنها ما يميزه كقاعدة . ويحرمه في بعض الحالات على سبيل الاستثناء . كالقانون الفرنسي وكقانوننا المصري القديم : وفقاً للرأى السائد فيه على الأقل . ومن الشرائع ما يحرم نظام التعاقد مع النفس كقاعدة : وإن أجازته في بعض الحالات على سبيل الاستثناء . كالقانون الألماني ( المادة ١٨١ )

(١) انظر نقض ١٩٦٣/١٢/١٩ طعن ٢٩/٢٨ مجموعة أحكام النقض س ١٤

والفقه الإسلامى<sup>(٢)</sup> . وقد جاء قانوننا المدنى الحالى مع هذه الفصيلة الأخيرة ،  
قاضياً فى المادة ١٠٨ بأنه : « لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من  
ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر .  
دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يميز  
التعاقد . كل هذا مع مراعاة ماخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد  
التجارة » .

وهكذا فالتعاقد مع النفس يقع : فى ظل قانوننا المصرى . غير سائغ ،  
كقاعدة عامة . وتطبيقاً لهذه القاعدة . جاءت المادة ٤٧٩ مدنى تقضى بأنه :  
« لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة  
أن يشتري بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما ينط به  
يجه بموجب هذه النيابة ما لم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون  
منصوصاً عليه فى قوانين أخرى »<sup>(٣)</sup> .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أنه لا يجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه .  
إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها الاستثناءان الآتيان :

١ - إذا رخص الأصيل للنائب أن يبرم العقد مع نفسه . ساغ له ذلك .  
مثال هذه الحالة : أن يوكل شخص آخر فى بيع مال له أو فى إيجاره . مع  
الترخيص له فى أن يشتريه أو يستأجره لنفسه .

٢ - ويشمل الاستثناء الثانى الحالة التى يقضى فيها القانون أو قواعد  
التجارة بإمكان التعاقد مع النفس . فإذا قضى القانون : فى حالة معينة ،  
بإجازه التعاقد مع النفس . تحم العمل بحكمه . ومثال ذلك ماقتضى به  
المادة ١٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه :

---

(١) راجع المادة ١٤٨٨ من مجلة الأحكام العدلية فى شأن الوكالة بالشراء ، والمادة  
١٤٩٦ فى شأن الوكالة بالبيع .

(٢) وقد توسع المشرع فى هذا الأمر ، فلم يحز للماسة ولا لغيره أن يشتروا الأموال  
المهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأنفسهم أم باسم مستعار ( المادة  
٤٨٠ ) . وذلك فى حين أن المسار والتجبر لا يعتبران قائمين فى كل الأحوال .

« للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك »<sup>(١)</sup> . وكذلك إذا قضت قواعد التجارة بإمكان أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، ساغ هذا النوع من التعاقد . ومثال هذه الحالة ماقتضى به قواعد البورصات من إمكان أن يبرم السمسار الصفقة مع نفسه ؛ كما إذا كان قد كلفه شخص ببيع كمية من الأوراق المالية . وكلفه آخر بشراء هذه الكمية .

هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على القاعدة العامة التي تقضى بعدم إمكان التعاقد مع النفس . وفي غيرهما : يبقى المبدأ العام سليماً .

وإذا حصل التعاقد مع النفس . حالة كونه غير جائر قانوناً ، فإنه لا يترتب على ذلك بطلانه ، بل مجرد اعتباره غير سار في حق الأصيل . ما لم يقره . فالقانون بمنعه التعاقد مع النفس . يستهدف حماية الأصيل من نأيه . وسيله إلى ذلك فرض قيد عام يرد على النيابة ويتضمن هذا المنع . فإن تعاقد النائب مع نفسه ، ولم يكن ذلك مسموحاً به قانوناً . اعتبر أنه في تعاقد هذا خارجاً عن حدود نيابته . ويترتب على ذلك أن هذا التعاقد يعتبر ، بالنسبة إلى الأصيل . كما لو كان قد وقع من أجنبي ، أى أنه لا ينفذ في حقه إلا إذا أقره<sup>(٢)</sup> . وقد تضمنت المادة ١٠٨ هذا الحكم . فبعد أن قررت

---

(١) ومن الحالات التي ينص فيها القانون على عدم إجازة تعاقد الأب مع نفسه ما تقضى به المادة ٦ من قانون الولاية على المال من أنه لا يجوز للولي ، حتى لو كان أباً ، أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة . (٢) ويلاحظ أنه قد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٦١ من المشروع التمهيدي ، التي أصبحت ، بعد تعديل طفيف في الصياغة ، المادة ١٠٨ من القانون ؛ جاء في هذه المذكرة أن التعاقد مع النفس ، عند عدم جوازها قانوناً ، يقع قابلاً للإبطال لمصلحة الأصيل ( راجع مجموعة : « أعمال المحضرية ج ٢ ص ١٠٦ ) . وهذا من المذكرة غير سديد . إذ أن التكييف القانوني سليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس ، في الحالة التي نحن بصددنا ، يقع غير نافذ في حق الأصيل ، كما قلنا في المتن . وقد تمشت بحكمة التقصص مع هذا الرأي ، فقضت أن الوديمة التي يجريها مدير الشركة بصفته الشخصية مع الشركة ذاتها ، بوصفه ممثلاً قانونياً لها ، تعتبر غير نافذة في حق الشركة ( نقض ١٩١٩/١٢/١٩٦٣ ملعن ٢٨/٢٩ مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١١٧٣ قاعدة ١٩٩ ، وقد سبق الإشارة إليه ) .



منع التعاقد مع النفس . كأصل عام . استطردت تقول : « على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يميز التعاقد » . وتطبيقاً لهذا الحكم . جاءت المادة ٤٨١ تقضى بأن شراء النائب لنفسه الشيء الذى ينط به بيعه . والذى يقع غير جائز بمقتضى المادة ٤٧٩ . يصح إذا أجازته من تم البيع لحسابه . وهكذا نصل إلى أن الإجازة اللاحقة ، وبمعنى أدق الإقرار اللاحق . يقع بمثابة التصريح السابق . من حيث أنه يجعل التعاقد مع النفس صحيحاً .

### ١٩٨ - الطريقة بين النائب والرسول :

تكلمتنا . فيما سبق . في التعاقد بطريق النيابة ، محددين مقوماته وأثره . ويحسن بنا . في نهاية هذا الموضوع . أن نفرق بين التعاقد بوساطة النائب والتعاقد بوساطة الرسول .

فالنائب *representant* ، في إجراءات التعاقد عن الأصيل . يعبر ، كما بينا ، عن إرادته هو . بحيث إنه هو الذى يبرم العقد . ويترتب على ذلك كما سبق أنوضحناه ، ضرورة توافر الإرادة لديه ، وأنه يعتد ، بالنسبة إلى عيوب الرضا وإلى العلم أو الجهل بالظروف الملازمة للعقد ، بشخصه هو لا بشخص الأصيل .

أما الرسول *messenger* فهو مجرد أداة تنقل إرادة من أرسله إلى المتعاقد الآخر . ومثال التعاقد بوساطة الرسول أن يبعث الأب ابنه يبلغ آخر بأنه قبل الإيجاب الذى سبق أن قدمه له ببيع منزله أو بإيجاره ، أو أن يرسل السيد خادمه ليستعلم من التاجر المتجول عن ثمن السلعة ويبلغه الثمن الذى يرتضى شرائها به .

والرسول . كما سبق أن قلنا . لا يعدو أن يكون مجرد أداة لنقل إرادة المرسل . قدره في التعاقد لا يختلف عن الدور الذى تؤديه هيئة البريد في نقل الرسائل . وهكذا فالرسول . بخلاف النائب . لا يعبر عن ذات إرادته . ولا يبرم بالتالى العقد . وإنما يقتصر دوره على مجرد نقل إرادة المرسل . الذى يظل هو المنشئ للعقد .

ويترتب على هذا الخلاف الأساسى فى طبيعة الدور الذى يؤديه كل من  
النائب والرسول فى إجراء التعاقد المروق الثلاثة الآتية :

١- مادام دور الرسول يقتصر على مجرد نقل إرادة المرسل ،  
فلا ضرورة لأن يكون متمتعاً بالإرادة . فهو مجرد أداة لنقل رسالة المرسل ،  
لا أكثر . ومادام هو قد أفلح فى نقل الرسالة ، فإن التعاقد يقوم ، حتى  
لو كان معدوم الإرادة تماماً ، بأن كان صيباً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً .  
أما النائب ، فلكونه يعبر عن إرادته هو ، فإنه يلزم أن يكون متمتعاً بالإرادة  
كما سبق أن بينا .

٢- فى التعاقد بوساطة الرسول ، يعتد بشخص المرسل ، لا بشخص  
الرسول ، بالنسبة إلى عيوب الإرادة وإلى تقصى العلم أو الجهل بالظروف  
الملازمة للعقد . أما فى النيابة ، كما سبق أن بيناه فى حينه ، فالأصل أنه يعتد  
بالنسبة لهذين الأمرين ، بشخص النائب لا بشخص الأصيل .

٣- لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يقوم شخص واحد بأداء الرسالة لطرفى  
العقد كليهما . أما تعاقد الشخص مع نفسه ، إعمالاً لفكرة النيابة ، فيقع غير  
سائق ، كأصل عام ، وفق ما بيناه منذ قليل .

## المبحث الثاني

### سلامة الرضاء

١١٩ — تناولنا ، في كل ماسبق ، وجود الرضاء ، باعتباره الأساس الأول والركن الركين لقيام العقد . وإذا توافر الرضاء بالعقد ، أمكن له أن يقوم .

يبد أن توافر الرضاء ، وإن مكن بذاته لقيام العقد ، إلا أنه يلزم أن ينجى سليماً صحيحاً ، وإلا اعتري الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح بذلك مهدداً بالزوال . لهذا نتحتم علينا أن نتناول هنا سلامة الرضاء ، بعد أن انتبهنا من بيان الأمور التي يقتضيها وجوده .

ولكى ينجى الرضاء سليماً ، يلزم أن يصدر عن شخص متمتع بالأهلية . وأن يكون خالياً من العيوب التي تشوبه ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

١٢٠ — ونحب أن نلفت النظر إلى أن ثمة أمرين أساسيين ينبغي عدم الخلط بينهما في خصوص الرضاء ، الذي هو الركن الركين للعقد . وهذان الأمران هما : وجود الرضاء وسلامة الرضاء أو صحته . إذ أن الدور الذي يؤديه كل منهما في قيام العقد والجزاء المترتب على تخلفه متغايران متغايراً جذرياً عن الدور الذي يؤديه الآخر والجزاء المترتب على تخلفه . فالرضاء في ذاته ، أى في وجوده ، هو وحده الذي يتمثل الركن في العقد . فإن تخلف . فإن العقد لا يقوم أصلاً ، أى أنه لا ينعقد ، وبعبارة أخرى هو يقع باطلاً . أما سلامة الرضاء أو صحته : فلا تصل إلى حد كونها ركناً في العقد : أو حتى شرطاً لازماً لذات توافره ، وإنما هي أمر يتعلق بهذا الركن فحسب . ويستهدف كماله بجعله بمنأى عن الشوائب . وعلى هذا فعدم سلامة الرضاء لا يحول دون انعقاد العقد ، ولا يصل بالتالى إلى وقوعه من الأصل باطلاً : كل ما هنالك هو أنه يجعل العقد مهدداً بالزوال لمصلحة العاقد الذي لم يأت

رضاءه به سليماً ، حيث يمنحه القانون مجرد رخصة في إهداره . وهكذا فإن كان جزاء انعدام الرضاء هو بطلان العقد ، فجزاء عدم سلامة الرضاء لا يتجاوز مجرد جعل العقد مهدداً بالزوال لمصلحة العاقد الذي تعيب رضاءه ، وبعبارة أخرى قابلاً للإبطال .

وعدم سلامة الرضاء أو عدم صحته ينجم عن أحد الأمرين الآتين :  
(١) نقص الأهلية . (٢) عيوب الرضاء . وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال<sup>(١)</sup> .

١٢١ - وسوف نتناول الأمرين اللذين يمسان سلامة الرضاء ، بادئين بالأهلية ، ومعقبن بعيوب الرضاء . كلاهما في مطلب مستقل .

## المطلب الأول

### الأهلية

١٢٢ - يقصد بالأهلية *capacité* ، بوجه عام ، صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات . ومباشرة التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك . ومن هذا التعريف يبين أن الأهلية تنقسم نوعين : أهلية وجوب . وهى صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات . وأهلية أداء . وهى صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو أن تحمله التزاماً . على وجه يعتد به قانوناً .

والمقصود بالأهلية هنا ، أى المقصود بالأهلية اللازمة لسلامة الرضاء . هى . بطبيعة الحال ، أهلية الأداء . لأن أهلية الوجوب لا تثار إلا بصدد الحالة التى نبحث فيها عما إذا كان يجوز لشخص معين أن يكون صاحباً لحق ما

---

(١) وقد جاءت المادة ١٦٢ من المشروع التمهيدى تقضى بأنه : « يجوز إبطال العقد : أولاً - لعدم توافر الأهلية فى المتعاقدين أو أحدهما . ثانياً - لعيب فى الرضاء » . وقد حلفت هذه المادة فى لجنة المراجعة ، اعتباراً بأنها تعدد حالات منصوص عليها فى المواد التالية . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١١٠ .

أو محملاً بالتزام ما ، أو لايجوز له ذلك . في حين أن أهلية الأداء هي - كما بينا ، صلاحية الشخص لمباشرة التصرف القانوني من عدمه ، وبعبارة أخرى : أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لصدور الرضاء بالتصرف منه .

١٢٣ - والأصل في أهلية الأداء : أو الأهلية بلا نعت ولا تخصيص - حيث إنه لو جاء اصطلاح « الأهلية » مرسلًا من غير تخصيص عنها (١) - أنها متوافرة في الشخص . مالم يقض القانون بانعدامها أو نقصانها عنده . وفي ذلك تقضى المادة ١٠٩ مدني بأنه : « كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحذف منها بحكم القانون » (٢) .

وهكذا فالشخص منا يعتبر أهلاً لإجراء التصرفات القانونية كافة . مالم يقض القانون بانعدامها عنده : فيمتنع عليه حينئذ إجراء أى من تلك التصرفات . أو يقضى القانون بانتقاص الأهلية لديه . فلايصح منه إجراء التصرفات التي يرد الإنقاص عليها (٣) .

والأحكام التي تنظم الأهلية تمس النظام العام في الصميم . لأنها تؤثر تأثيراً بالغاً في حياة الشخص القانونية والاجتماعية والاقتصادية . ولهذا جاءت المادة ٤٨ تقول : « ليس لأحد التزول عن أهليته ولاالتعديل في أحكامها » .

---

(١) وهذا هو المعنى المقصود من إصطلاح « الأهلية » في المواد ١٠٩ وما بعدها من القانون المدني .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدى التي أصبحت المادة ١٠٩ من القانون ما يأتي : « الأصل في الشخص توافر الأهلية . أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص في القانون . ويتفرع عن ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية ، من شأنها إلقاء شبه الإثبات على عاتق من يتسكك بعدم الأهلية » .

(٣) وقرض الحراسة على الأموال ، سواء أحصل بمقتضى إجراء إدارى أو بحكم قضائى . لا يمثل قيلاً على أهلية صاحب تلك الأموال . فهو لا يعدم أهلية هذا الشخص ولا ينتصب . إذ هو إجراء يرد على ذات حق الشخص في أمواله بغل يده في شأنه ولا يمس أهليته . مثل قرض الحراسة هنا مثل شرط المنع من التصرف في المالك المنصوص عليه في المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ . انظر في ذلك : نقض مدني ٢٩ نوفمبر ١٩٧٦ طعن ٤٢/٣٧١ ق ، مجموعة أحكام النقض ص ٢٧ ح ١٦٩٨ رقم ٣١٣ .

فكل ما عليه القانون في شأن الأهلية من أحكام يسرى دائماً أبداً وفي كل الأحوال ، حتى لو ارتضى الأشخاص غيرها أو اتفقوا مع غيرهم على مخالفتها . فمثل ذلك الرضاء أو الاتفاق يقع باطلا أصلاً ولا يعتد به ، لخالفته لمقتضى النظام العام .

#### ١٢٤ - مجال أعمال أهلية الأداء :

عرفنا مما سبق أن أهلية الأداء ، أو الأهلية بلانعت ولا تخصيص . هي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام .

ويلاحظ أن الأعمال التي يجريها الشخص والتي يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله بالتزام نوعان :

( الأول ) عمل قانوني ، وهو ما يطلق عليه بعبارة أكثر شيوعاً « التصرف القانوني » . ويتميز العمل أو التصرف القانوني بأنه يقوم على الإرادة . بمعنى أن الإرادة تتجه فيه إلى إحداث الأثر القانوني . وهو ترتيب الحق أو الالتزام ، ومثال العمل أو التصرف القانوني : البيع والإيجار والهبة والوصية .

( الثاني ) عمل مادي ، وهو العمل الذي يقوم به الشخص . سواء أكان عن عمد أو عن غير قصد . فيرتب عليه أن يكسب حقاً أو أن يتحمل بالتزام ، دون أن يكون لإرادته دخل في ترتيب ذلك الحق أو هذا الالتزام . وإن أمكن لها في بعض الأحيان أن يكون لها دخل في ذات وقوع العمل المادي . ومثال ذلك أن يدهم شخص بسيارته رجلاً يسير في الطريق ، فيحدث به ضرراً . فسائق السيارة يرتكب هنا عملاً مادياً . هو العمل الذي أدى إلى إصابة المضرور . وقد يكون هذا العمل عن قصد أو عن إهمال . ويترتب على هذا العمل تحمل سائق السيارة بالالتزام بتعويض المضرور عما ناله من ضرر . ولكن هذا الأثر القانوني لا يحمي نتيجة لإرادة سائق السيارة . فهو لم يقصد بما عمل أن يتحمل بالالتزام ، ولكن القانون هو الذي يحمله به . نتيجة لمجرد وقوع الفعل الضار بخطئه .

وقد رأى البعض أن أهلية الأداء تعنى ، فضلا عن الصلاحية للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية ، الصلاحية للقيام بالأعمال المادية التي ترتب له الحق أو الالتزام<sup>(١)</sup> . وربما كان دافعهم إلى ذلك مجاءت به المادة ١٦٤ مدنى من أن الشخص لا يسأل ، كقاعدة عامة ، عن أعماله غير المشروعة إلا إذا صدرت منه وهو مميز .

والحقيقة أن أهلية الأداء لا تعنى إلا الصلاحية للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية : دون الأعمال المادية . لأن مناط أهلية الأداء هو الإرادة المدركة المميزة . فلا مجال لها إلا في الأحوال التي يجىء الأثر القانونى فيها نتيجة الإرادة ، أى لا مجال لها إلا في التصرفات القانونية . أما الأعمال المادية ، فهي وإن رتب في بعض الأحيان آثاراً قانونية ، إلا أن هذه الآثار لا تجىء نتيجة لإرادة فاعلها ، وإنما تجىء بسبب أن القانون يقضى بترتيبها . نتيجة وقوع العمل المادى ذاته ولجود وقوعه . ولا يقدح في صحة هذا القول ما جاء به القانون المدنى من أنه يلزم ، كقاعدة عامة ، لمسئولية الشخص عن عمله الخاطىء أن يكون مميزاً . فالتمييز هنا شرط ، لتشمل الشخص بالالتزام . فهو قيد يرد على أهلية الوجوب . ولا يمس أهلية الأداء<sup>(٢)</sup> .

خلاصة ما سبق أن مجال أهلية الأداء هو الأعمال أو التصرفات القانونية وحدها ، دون الأعمال المادية .

### ١٢٥ - أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية :

تختلف أهلية الأداء اللازمة لإجراء التصرفات القانونية ، باختلاف نوع هذه التصرفات . والتصرفات في هذا الصدد . تنقسم أساساً إلى أنواع ثلاثة :

(١) انظر شفيق شحاته ، نظرية الحق نبة ٨٤ .

(٢) ويأخذ بهذا الرأى : عبد المنعم الصفة ، نظرية الحق نبة ٨٤ - سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية نبة ٢٤٤ . ويتفق الرأى الذى ذهبنا إليه مع ما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية من أن أهلية الأداء هي أن يكون الإنسان صالحاً لأن يلزم بعبارة ، فهي شرط صحة في التصرفات « القولية » دون « الفعلية » .

١ - أولاً : أعمال أو تصرفات نافعة للشخص نفعاً محضاً : وهى التصرفات التى تعود على من يجربها بالنفع الخالص ، أى النفع الذى لا يدفع عنه مقابل مادى . ومثالها قبول الشخص هبة تصدر له ، وقبوله كفالة دين له على آخر . وتسمى الأهلية اللازمة لإجراء هذه الأعمال « أهلية الاختناء » : لأن من شأنها أن ترتب لصاحبها اغتناء محضاً .

ثانياً : أعمال أو تصرفات ضارة بالشخص ضرراً محضاً : وهى التصرفات التى تعود على من يجربها بالضرر المادى . دون أن يأخذ مقابل لما ينجرس . ومثالها أن يهب شخص ماله لآخر ، أو أن يوصى له به بعد موته ، أو أن يتزل عن دين له على آخر . وتسمى الأهلية اللازمة لمباشرة هذه الأعمال « أهلية الافتقار » : لأن من شأنها أن تفقر صاحبها . دون أن يكون من وراء هذا الافتقار مقابل مادى يؤدى إلى نفعه . كما تسمى أيضاً « أهلية التبرع » . على أساس أن الشخص يتبرع بماله . وتسمى أيضاً أهلية التصرف بلا مقابل ، على أساس أن الشخص يتزل عن ماله دون مقابل .

ثالثاً : أعمال أو تصرفات تلور بين النفع والضرر : وهى التصرفات التى من شأنها أن تنفع وأن تضر فى نفس الوقت . وبمقتضاها يأخذ الشخص شيئاً . ويعطى من ماله مقابل لما يأخذ . ومثالها البيع حيث يأخذ مجريه الثمن ويعطى المال . والشراء حيث يأخذ مجريه الشيء ويعطى الثمن . والإيجار حيث يأخذ مجريه الأجرة ويعطى منفعة الشيء . والاستئجار حيث يأخذ مجريه منفعة الشيء ويعطى الأجرة .

وتشمل الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر نوعين فرعيين :

١ - أهلية التصرف بعوض أو بمقابل : وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها أن تفقد المال عن صاحبه ، ولو جزئياً ، كالبيع والشراء والرهن .

٢ - أهلية الإدارة : وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها التعامل فى المال مع بقاءه لصاحبه ، أى دون فقده . كالإيجار والوديعة والتعاوية .



هذه هي أنواع التصرفات القانونية . وبإمكان إجرائها من عدمه . تنقسم أهلية الأداء ، وجوداً أو عدماً أو نقصاناً . فإذا كان للشخص أن يجربها كلها : كانت أهلية الأداء لديه كاملة . وإذا لم يكن له أن يجرب شيئاً منها . كانت أهلية الأداء معلومة عنده . وإذا كان له أن يجرب بعضها دون البعض الآخر : كانت له أهلية أداء ناقصة .

#### ١٢٦ - مناه أو أساس أهلية الأداء :

مناه أو أساس أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز . فهي تدور معه وجوداً وعدماً ، كاملاً ونقصاناً . فإذا اكتمل الإدراك لدى شخص . تمتع بأهلية أداء كاملة . وإذا انعدم : انعدمت . وإذا نقص : نقصت .

وفي هذا تختلف أهلية الأداء اختلافاً أساسياً عن أهلية الوجوب . فمناه هذه الأخيرة هو الشخصية ذاتها . وهكذا فبمجرد أن يرى الوليد نور الحياة : تثبت له الشخصية . ويتمتع بالتالي بأهلية وجوب كاملة . ولكنه لا يتمتع بأهلية الأداء إلا بعد أن يتوافر لديه الإدراك أو التمييز ، وبقدر ما يتوافر لديه منه . فإدام الإدراك لديه منعدماً . كانت أهليته منعدمة كذلك . وفي الوقت الذي يتوافر لديه بعض الإدراك : تمتع له أهلية أداء ناقصة . وكلما زاد إدراكه . زادت أهلية أدائه . حتى إذا ما كمل : كملت .

#### ١٢٧ - تأثير أهلية الأداء بالسن :

عرفنا أن مناه أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز . وإدراك الشخص يتوقف في صغره على سنه . حتى يبلغ رشده . ولذلك كان السن عاملاً أساسياً في تحديد أهلية الأداء لدى الصغير . فهي تختلف باختلافه . ويمر الإنسان في هذا الصدد بأدوار أربعة أساسية ، تختلف فيها أهلية أدائه بين العدم والكمال . وهذه الأدوار هي الآتية :

الدور الأول - الجنين أو الحمل المستكن : للجنين أهلية وجوب ناقصة . ولكن ليس له أهلية أداء البتة . فمناه أهلية الأداء الإدراك أو التمييز . وليس للجنين شيء منه .

الدور الثاني - الصبي غير المميز : يبدأ هذا الدور من الولادة وينتهي ببلوغ الصبي السابعة من عمره ، وهو سن التمييز . وفي هذه المرحلة من الحياة ، يكون الصبي فاقد الإدراك والتمييز . وبعبارة أدق ، يفترض فيه القانون ذلك فرضاً لا يقبل إثبات العكس ، وبالتالي فهو يكون معلوم أهلية الأداء ( المادة ٤٥ ) . فليس للصبي غير المميز أن يقوم بأى عمل أو تصرف قانوني . حتى أهلية الاعتناء لا تثبت له . وإذا قام الصبي بأى عمل قانوني . حتى لو قبل هبة ، كان تصرفه باطلا . وفي هذا تقضى المادة ١١٠ بأنه : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

الدور الثالث - الصبي المميز : يبدأ هذا الدور من بلوغ الصبي السابعة من عمره ، ويستمر إلى أن يبلغ سن الرشد ، وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة ( المادة ٤٤ / ٢ ) . وفي هذا الدور من حياة الصبي يبدأ الإدراك يتوافر لديه تدريجاً . ولهذا تثبت له أهلية أداء ناقصة ( المادة ٤٦ ) ، تقوى تدريجاً بازدياد الإدراك عنده ، حتى تكمل باكماله ، حينها يبلغ رشده .

ويمر الصبي المميز بمراحل ثلاث فرعية ، يحسن أن نبين مدى أهليته خلال كل منها ، وذلك فيما يلى :

( أ ) مرحلة الصبي المميز من سن السابعة إلى السادسة عشرة : تثبت للصبي المميز في هذه المرحلة أهلية الاعتناء . فله أن يجرى كل التصرفات التى تعود عليه بالنفع المحض ، دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه . فله أن يقبل بمفرده الهبة ، كلما كانت عارية من كل شرط أو تكليف ، كما أن له أن يقبل كفالة دين له على غيره . أما أهلية الافتقار أو التبرع ، فعدومة عنده أصلاً . فليس له أن يجرى التصرفات التى تعود عليه بالضرر المحض ، كأن يهب ماله أو يوصى به أو ينزل عن حق له ؛ فإن أجراها ، وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً <sup>(١)</sup> ( المادة ١١١ / ١ ) . تبقى بعد ذلك التصرفات الدائرة بين

(١) انظر : نقض ١٢ ديسمبر ١٩٦٧ . ملن ٢١٣/٣٤ق ، مجموعة أحكام النقض

النفع والضرر ، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والوكالة والشركة .  
وللصبي المميز ، بالنسبة إلى هذه التصرفات ، أهلية ناقصة ، بمعنى أنه إذا  
أجرأها ، وقعت قابلة للإبطال لمصلحته هو <sup>(١)</sup> دون المتعاقدين الآخرين  
(المادة ١١١ / ٢) .

(ب) مرحلة الصبي المميز من سن السادسة عشرة إلى الثامنة عشرة :  
في هذه المرحلة : تكون للصبي نفس أهلية الأداء التي بينها في المرحلة  
السابقة . وتزيد عليها أهلية كاملة بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها الصبي من  
عمله الخاص .

ففي بلغ الصبي السادسة عشرة من عمره . منحه القانون أهلية التصرف  
في المسال الذي يجيء ثمرة عمله ، سواء أكان التصرف بعوض أم تبرعاً .  
فإذا احترف مهنة أو صناعة أو أدى أى عمل عاد عليه مال ، حق له أن  
يتصرف في هذا المال على نحو ما يراه ، فيحق له ، مثلاً ، أن يشتري به منزلاً  
أو أرضاً أو سيارة . بل يحق له أن يتبرع به لغيره . ولا تثبت للصبي هنا

(١) وإذا كانت القاعدة هي أن أهلية الصبي المميز تقع ناقصة بالنسبة إلى التصرفات الدائرة  
بين النفع والضرر ، إلا أنه يرد على هذه القاعدة الاستثناءان الآتيان :  
الأول : خاص بالأموال التي تسلم للصبي المميز أو توضع تحت تصرفه لأغراض نفقة .  
فبالنسبة لهذه الأموال ، تكون للصبي ، متى بلغ السابعة من عمره ، أهلية التصرف كاملة في الحدود  
التي تتفق مع أغراض الإنفاق على نفسه . فلهذا أن يشتري بمصروفه كل ما يلزم حاجته . ويقع  
شراؤها هنا صحيحاً ، دون حاجة إلى تدخل من وليه أو وصيه . ويصح للصبي أن يقترض المال  
اللازم لنفقه . على أن التزامات الصبي التي ينفقها لأغراض نفقة ، لا يمكن لأصحابها استيفائها  
إلا من المال الذي يسلم له أو يوضع تحت تصرفه لهذه الأغراض . وقد نصت المادة ٦١ من قانون  
الولاية على المال الأحكام السابقة بقولها : « تقتصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت  
تصرفه عادة من مال لأغراض نفقة ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال  
فقط » .

الثاني : والاستثناء الثاني خاص بأهلية الصبي المميز لإبرام عقد العمل الفردي . فلهذا ،  
متى بلغ السابعة من عمره ، أن يبرم مع رب العمل عقد العمل الفردي ، دون حاجة إلى تدخل  
من وليه أو وصيه . ولكن يثبت للحكمة هنا الحق ، بناء على طلب الولي أو الوصي أو أى ذي شأن ،  
في إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة ( راجع المادة ٢٢  
من قانون الولاية على المال ) .

أهلية التصرف في ذات المال الذي كسبه بعمله فحسب ، وإنما تثبت له أيضاً أهلية التصرف في كل الأموال التي تحمل محل المال الذي كسبه من عمله <sup>(١)</sup> . فيحق له ، في المثل السابق سرده ، أن يبيع المنزل أو الأرض ، أو السيارة ، ويشتري بآئتين أموالاً أخرى . وبحق له أن يرهنه وأن يؤجره . بل يحق له أن يهبه . والأموال التي يكسبها الصبي من عمله الخاص لا تخضع للولاية أو الوصاية . بل تبقى في يد الصبي يديرها ويتصرف فيها بنفسه .

والالتزامات التي تنجم نتيجة التصرفات التي يبرمها الصبي متعلقة بماله الذي كسبه من عمله الخاص . سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، تقع صحيحة ، ولكن في حدود هذا المال فقط ، بمعنى أن الدائنين بتلك الالتزامات لا يستطيعون استيفاءها من أموال الصبي الأخرى . كذلك التي ورثها ، مثلاً .

وأهلية التصرف في المال المكسوب من العمل الخاص تثبت للصبي الذي بلغ السادسة عشرة من عمره بقوة القانون . أي دون حاجة إلى إذن خاص من الولي أو الوصي أو حتى من المحكمة .

هذا هو قدر ما يزيد على أهلية الصبي المميز على أثر بلوغه السادسة عشر عاماً من عمره . والحكمة ظاهرة من تقرير تلك الزيادة في أهلية هذا الصبي . فقد لاحظ المشرع أن الصبي الذي يكسب مالا نتيجة عمله الخاص في هذه

---

(١) ويلاحظ أن الحكم الذي أوردناه في المتن ، وهو القاضي بشيوع أهلية الصبي في السادسة عشرة من عمره في التصرف ليس فقط في ذات المال الذي يكسبه مباشرة من عمله . وإنما أيضاً في الأموال الأخرى التي تحمل محل عمله بطريق أو بآثر . ويلاحظ أن هذا الحكم قد لا يستين من ذات نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال . التي جاءت تمنح للصبي أهلية التصرف « فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره » . فحرفية النص قد يفهم منها قصر الأهلية على الثمرة المباشرة لعمل ذاتها . دون ما يحمي بدعياً عنها أو يحل محلها . ومع ذلك فالرأي الذي ذهبنا إليه هو الذي يبدو لنا صائباً . فحتى لو قلنا بأن حرفية نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال لا تستوعبه ، فهي على الأقل لا تمنحه . ومن ثم يتوجب إعماله تطبيقاً لنظرية الحلول المعنى لتوافر شروطها فيه . انظر في نفس الاتجاه : إسماعيل غانم في رسالته المقدمة لجامعة باريس في فكرة الذمة في القانون الفرنسي وقانون المصري ، ص ١٥٦ . وانظر أيضاً : منصور مصطفي منصور في رسالته المقدمة لجامعة القاهرة في نظرية الحلول المعنى بقلة ١١٥ وما بعدها .

السن المبكرة جدير برعاية القانون وتشجيعه ، وأنه يجب عليه ألا يقف حائلا بينه وبين استمرار نشاطه .

يبد أن المشرع لاحظ مع ذلك أن إدراك الصبي لازال غير مكتمل . وأنه قد يقع نتيجة ذلك فريسة للتزق والطيش . ففرض الرقابة عليه للمحكمة التي خولها أن تقيد أهليته في التصرف في ماله الذي كسبه من عمله الخاص . إذا اقتضت ذلك مصلحته ، وفي هذه الحالة ، يخضع المال لنظام الولاية أو الوصاية ، في حدود الأعمال التي تقيد المحكمة القاصر في إجراءاتها .

تلك هي أحكام أهلية الصبي الذي بلغ السادسة عشرة من عمره بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها من عمله الخاص . وقد ركزها المشرع في المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال بقوله : « يكون القاصر الذي بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولا يجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المسال الذي يكسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر في التصرف في ماله المذكور . وعندئذ تجري أحكام الولاية والوصاية » (١) .

(ج) مرحلة الصبي من سن الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين : في هذه المرحلة يزيد إدراك الصبي بعض الشيء . ولذلك تزيد أهليته قليلا عما كانت في مرحلتين السابقتين .

فقد رأينا أن الصبي بمجرد بلوغه السابعة من عمره ، تثبت له أهلية الاعتناء . وثيق له هذه الأهلية كاملة في هذه المرحلة . أما أهلية الافتقار ، فهي معدومة عنده . وتظل معدومة كذلك حتى بعد بلوغه الثامنة عشرة . مع استثناء إجراء الوصية (٢) . فللصبي إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يوصي بماله . بشرط

(١) وكان قانون المحاكم الحسبية ينص على حكم يقاربها بيناه في الفقرة ٦ ، وذلك في المادة ٦ منه التي شملها الإلغاء .

(٢) فالوصية عمل من الأعمال الفسادة بالموصى ضرراً محضاً . ومن مقتضى القاعدة التي تضمنتها المادة ١/١١ . والتي تقضي ببطالان تصرفات الصبي المميز متى كانت ضارة به ضرراً محضاً ، أن تقع وصية الصبي المميز باطلة . ولكن قانون الوصية قرر استثناءها من هذا الحكم ، قاصياً بصحتها ، بشرط إذن المحكمة .

أن يأخذ بذلك إذناً من المحكمة ( المادة ٥ من قانون الوصية ) . أما أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . فقد رأينا أنها ناقصة لدى الصبي المميز . ويتوافر للصبي منها ، متى بلغ السادسة عشرة ، أهلية التصرف في الأموال التي يكسبها من عمله الخاص . ويبقى للصبي في مرحلتنا هذا المظهر من الأهلية وزيادة عليه . يكسب الصبي الذي يبلغ الثامنة عشرة مظهرين آخرين : وهما الآتيان :

١ - أهلية الاتجار : للصبي إذا بلغ الثامنة عشرة أن يتجر : بشرط إذن المحكمة في ذلك . إذناً مطلقاً أو مقيداً ( المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال ) .

٢ - أهلية الإدارة بالنسبة إلى كل أمواله أو بعضها . بشرط أن يصدر له الإذن في ذلك .

والإذن للصبي في الإدارة يصدر إما من وليه : إن كان له ولي ، وإما من المحكمة إن لم يكن له ولي .

فإذا كان للصبي ولي ، وهو الأب أو الجد الصحيح عند غياب الأب . حق له أن يأذن صغيره . في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ويجب هنا أن نحصل الإذن بإشهاد رسمي . يتم في مكتب التوثيق الملحق بمصلحة الشهر العقاري . وللولي أن يسحب إذنه أو يقيد بإشهاد آخر ( المادة ٥٤ ولاية على المال ) .

فإذا لم يكن للصبي ولي ، كان إعطاء الإذن بالإدارة من اختصاص المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) . وهي تعطيه أو ترفضه ، بعد سماع الوصي . وإذا رفضت المحكمة الإذن ، ما جاز تجديد طلبه إلا بعد فوات سنة من تاريخ صدور القرار النهائي بالرفض . وللمحكمة أن تأذن للصبي في تسلم وإدارة أمواله كلها أو بعضها ، على حسب ما ترى ( راجع المادة ٥٥ ولاية على المال ) .

وبلاحظ أن الإذن بالإدارة لازم . نكح يصبح الصبي البالغ ١٨ سنة أهلاً لإدارة الأموال التي يتسلمها . فهذه الأهلية لا تثبت له بقوة القانون . بمجرد بلوغه تلك السن . وفي هذا يختلف حكم الصبي البالغ ١٨ سنة بالنسبة إلى أهلية الإدارة عن حكم الصبي البالغ ١٦ سنة بالنسبة لأهلية التصرف في أمواله التي يكسبها من عمله الخاص . فهذه الأهلية الأخيرة ، تثبت بقوة القانون بمجرد بلوغ الصبي ١٦ سنة . دون حاجة إلى إذن خاص . وتبقى له مالم تقض المحكمة بسلبها منه أو بتقييدها .

وللصبي المأذون في الإدارة . أن يجري كل أعمال الإدارة المتعلقة بالأموال التي يأذن في إدارتها . فله أن يجري الأعمال اللازمة لصيانة هذه الأموال . كأن يتفق مع مقاول على أن يرمم له منزله . وله أن يجري كل التصرفات اللازمة لزراعة أرضه : كأن يشتري البذور والسجاد . وله أن يؤجر كل أمواله ، لأية مدة يشاء ، مع استثناء الأراضي الزراعية والمباني . فلا يصح له أن يؤجرها لمدة تزيد على سنة ، فإن أجزاها لمدة تزيد على سنة . وقع إيجاره صحيحاً في حدودها وقابلاً للإبطال فيما تجاوزها <sup>(١)</sup> . وللصبي البالغ ١٨ سنة . فضلاً عن أعمال الإدارة ، أن يجري أعمال التصرف المترتبة عليها . فله أن يبي ويستوفى الديون المترتبة على أعمال الإدارة . وله أن يبيع غلة أرضه . وله أن يتصرف في صافي دخله ، ولكن في حدود القدر اللازم لسد نفقته ونفقة من يعوله (راجع المادة ٥٦ ولاية على المال) .

والصبي يعتبر كامل الأهلية بالنسبة إلى الأعمال المسموح له بإجرائها ، فله أهلية إجرائها وأهلية التقاضي بشأنها .

والصبي المأذون يباشر أعمال الإدارة تحت الرقابة . فهو لا زال غير مكتمل الإدراك ، ويخشى أن يقع ضحية التزق والطيش . فإذا منحه القانون أهلية الإدارة ، فهو ينصب عليه رقيباً يشرف عليه فيما يعمل ، فإن أحسن الإدارة ، فيها ، وإن أساءها ، سلب الرقيب منه أهليته .

---

(١) راجع مؤلفنا ، عقد الإيجار ، الجزء الأول ، تبعة ٢٨ .

والرقيب على الصبي في إدارته أمواله هو وليه : إن كان موجوداً .  
فلولي إذا أساء صفيه إدارة أمواله . أن يحذ من الإذن الذي أعطاه إياه في  
صددها أو أن يسحبه . بشرط إجراء ذلك بإشهاد رسمي ، كما سبق أن بينا .  
وإذا كان الولي غير موجود . ثبتت الرقابة على الصبي للمحكمة . ولتكن  
المحكمة من إجراء هذه الرقابة . يفرض القانون على الصبي واجب أن يقدم لها  
حساباً سنوياً عن إدارته . يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصي ( المادة ٥٨ ولاية  
المال ) . وإذا رأت المحكمة أن الصبي المأذون قد قصر في الإدارة أو في تقديم  
الحساب . أو رأت أن هناك أسباباً تخشى معها من بقاء الأموال في يده .  
حق لها من تلقاء نفسها . أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن ،  
أن تحذ من الإذن بالإدارة أو تسلب القاصر إياه . وذلك بعد سماع أقواله  
( المادة ٥٩ ولاية على المال ) .

الدور الرابع - البالغ الرشيد : بلوغ سن الرشيد . وهي إحدى وعشرون  
سنة ميلادية كاملة ( المادة ٤٤ / ٢ مدنى ) ، تنتهى حالة القصر ويستكمل الصبي  
أهليته . وإنما يشترط لذلك أن يبلغ الصبي سن الرشيد متمتعاً بقواه العقلية  
( المادة ٤٤ / ١ مدنى ) . فإن بلغها مجنوناً أو معتوها . بقيت حاله قصره .  
واستمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه . على حسب الأحوال . وتستمر  
الولاية هنا على مال الصبي . دون حاجة إلى حكم سابق من المحكمة يقضى  
باستمرارها . أما إذا لم تكن بالصبي عاهة في عقله ، انتهت حالة قصره ،  
وزالت الولاية على ماله بمجرد بلوغه سن الرشيد . ولم تقض المحكمة قبل بلوغه  
هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . والمحكمة تقضى باستمرار الولاية  
أو الوصاية ، إذا رأت أن الصبي برغم تمتعه بقواه العقلية . لا يحسن التصرف  
في ماله ، لسفه أو غفلة .

ويلاحظ هنا الفرق بين حالة ما إذا بلغ الصبي سن الرشيد مجنوناً أو معتوهاً  
أى غير متمتع بقواه العقلية . وبين حالة ما إذا بلغها متمتعاً بقواه العقلية .  
ولكن يعتريه سفه أو غفلة . ففي الحالة الأولى ، تبقى الولاية أو الوصاية على  
مال الصغير ، دون حكم سابق من القضاء . أما في الحالة الثانية ، فيلزم .



لاستمرار الولاية أو الوصاية ، صدور حكم من المحكمة يقضى بذلك قبل بلوغ سن الرشد (١) .

ويلاحظ أيضاً الفرق بين حالة استمرار الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، وبين حالة ما إذا اعتبر الشخص رشيداً ، ثم أريد بعد ذلك الحجر عليه ، لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ففي الحالة الأولى . تبقى الولاية على مال الشخص لوليه أو وصيه . أما في الحالة الثانية . فتعتبر الولاية أو الوصاية قد انتهت إلى غير رجعة . وينصب على الشخص قيم . وليست لهذا الموضوع أية أهمية عملية بالنسبة إلى الوصاية . فمما أخضع الشخص لولاية الوصي . على أثر استمرارها بعد بلوغه من الرشد ، أم خضع لولاية القيم على أثر الحجر عليه ، فالأمر واحد بالنسبة إلى سلطة النائب ؛ إذ سلطة الوصي والقيم واحدة ( المادة ٧٨ ولاية المال ) . ولكن الأمر يختلف إذا كان للوصي ولي . فاستمرار الولاية بعد بلوغه من الرشد ، يقتضى استمرار سلطة الولي .

(١) وقد كانت المادتان ١٣ و ٢/٣٠ من قانون المحاكم الحسبية تتضمنان الفارق بين حالتين الحاليتين بشكل صريح . إذ أن أولى هاتين المادتين تنص على أنه : « تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر إلا إذا بلغها مجنوناً أو معتوها ، فإن الولاية تستمر عليه حتى لو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة » . وتقرر المادة ٢/٣٠ نفس الأمر بالنسبة إلى الوصاية . أما قانون الولاية على المال ، فلم يبرز الفارق بين الحالتين اللتين نحن بصددهما ، ولكنه موجود مع ذلك تحت ظله . ويستدل عليه من تقريب نص المادة ١/٤٤ مدق ونص المادتين ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال . فالمادة ١/٤٤ مدق تقضى بأن : « كل شخص يبلغ من الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية مباشرة حقوقه المدنية » . فهذه المادة تستلزم لإنهاء حالة القصر ، وبالتالي لزوال الولاية والوصاية ، أن يبلغ العبد من الرشد متمتعاً بقواه العقلية . فإذا بلغها غير متمتع بقواه العقلية لجنون أو عته ، ما توافر شرط إنهاء حالة قصره ، وبالتالي تستمر الولاية أو الوصاية عليه ، دون حاجة إلى حكم سابق من القضاء . أما المادتان ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال ، فتتضمنان على أن الولاية والوصاية تنتهيان ببلوغ القاصر ٢١ سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمراره عليه . ولابد من تفسير هاتين المادتين تفسيراً مع حكيم المادة ١/٤٤ مدق . وهذا التفسير يقتضى عدم الأخذ بحكمها إلا إذا لم تكن بالشخص عاقل في عقله ، ولكن تقوم به عادة تلحق تدبيره ، وهي السفه والغفلة . وهكذا نصل إلى نفس الحكم الذي كان يقضى به قانون المحاكم الحسبية الملغى ، وهو الذي يبناه في المتن .

أما إذا انتهت الولاية، وحجر على الشخص . فإنه ينصب عليه قيم . والفارق كبير بين سلطة الولي وسلطة القيم ، على نحو ماسنينيه . وتمشياً مع تلك النتيجة . جاءت المادة ١٩ من قانون الولاية على المال تقضى بأنه : « إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إذا قام به سبب من أسباب الحجر » (١) .

#### ١٢٨ - الولاية على مال القاصر :

عرفنا أن الشخص يكون معلوم أهلية الأداء قبل أن يبلغ السابعة ( الصبي غير المميز ) . فإذا بلغها . كان ناقص الأهلية إلى أن يبلغ رشده (الصبي المميز) . ومؤدى انعدام الأهلية أو نقصها . أن الشخص لا يصلح لأن يباشر بذات نفسه التصرفات المالية : أو لا يصلح لأن يباشر بعضها . وإذا كان الأمر هكذا . وجب أن ينصب على القاصر شخص يتولى عنه مباشرة التصرفات التي يؤدي عدم إجرائها إلى الإضرار به . ويحصل ذلك بمقتضى نظام الولاية على المال .

والولاية على مال القاصر تثبت لوليّه أو وصيه على حسب الأحوال . وهي تثبت لهما تحت رقابة المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) .

وثمة ترتيب معين يحتم القانون مراعاته فيمن تعطى له الولاية على مال الصغير . وهو من بعد ترتيب مستق من الفقه الإسلامى .

ووفق هذا الترتيب . تثبت الولاية بأدى ذى بدء لأب الصغير . إذا كان موجوداً ولم يقم به سبب يمنعه من توليها . وثبتت الولاية للأب وتقديمه على من عداه أمر متفق عليه في الفقه الإسلامى من غير خلاف . وعلمته ظاهرة . إذ أن الأب مع الأم أقرب الناس إلى ولده . وهو أولاهم طراً لرعاية مصلحته .

فلإن لم يكن الأب موجوداً . أو قام به سبب يمنعه من تولي الولاية .

---

(١) انظر في هذا المقطع : نقض جثاى ١٩ ديسمبر ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام انتقضى الجنائية ص ٣ رقم ٥٨ ص ٧٨ .

ثبتت ولاية مال الصغير لمن عساه أن يكون الأب قد اختاره وصياً لولده ، إذا لم يتم به سبب يمنعه منها . وهذا هو الوصى المختار <sup>(١)</sup> .

فإن لم يكن الأب قد اختار وصياً لولده : ثبتت الولاية على ماله للجد الصحيح . وهو الجد لأب <sup>(٢)</sup> . شريطة أن يكون صالحاً قانوناً لمباشرتها .

فإن لم يكن للصغير أب . ولا وصى مختار من الأب ، ولا جد لأب . ثبتت الولاية على مال الصغير لمن تعينه المحكمة وصياً عليه .  
ونبدأ بالكلام في الولي ، ثم نعقب بالوصي .

#### ١٢٩ - الولي أو الولي الشرعي :

ثبتت الولاية على مال الصغير ، كما سبق لنا أن بينا ، لأبيه إن كان حياً ولم يمنعه منها سبب قانوني . فإن كان الأب قد مات . أو قام به سبب يمنعه . ثبتت الولاية للجد الصحيح ( الجد لأب ) إن كان موجوداً وصالحاً لمباشرتها وذلك ما لم يكن الأب قد اختار لصغيره وصياً .

والأب والجد يطلق عليهما « الولي » ، بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح . حيث إنه قد يطلق هذا الاصطلاح أيضاً ويقصد به : في معناه الواسع الشامل ، كل من يتولى الولاية على مال عديمي الأهلية وناقصيها ، سواء أكان أباً أم جداً أم غيرهما . ولتمييز الأب والجد عن غيرهما من يتولون الولاية على مال ناقصي الأهلية وعديميها ، أي الوصى . فإنه كثيراً ما يطلق على كل منهما اصطلاح « الولي الشرعي » أو « الولي الطبيعي » .

وولاية كل من الأب والجد لأب ولاية إلزامية . بمعنى أنه لا يجوز لأى منهما أن يتنحى عنها إلا إذا وجد سبب مقبول لهذا التنحي ، وأذنته المحكمة فيه ( المادة الأولى من قانون الولاية على المال ) . وفي ذلك تختلف الولاية بمعناها

(١) وتقديم الوصى المختار على الجد حكم تقول به المالكية والحنفية .

(٢) أما الجد لأم ، وهو الذي يطلق عليه في لغة الفقه الإسلام « الجد الفاسد » . فلا تثبت له الولاية على مال حفيده بقوة القانون ، وإن أمكن بطبيعة الحال أن يختار وصياً عليه من الأب أو من القاضي ، شأنه في ذلك شأن غيره من كافة الناس .

الضيق عن الوصاية . حيث لا يلزم الوصى . أياً ما كانت درجة قرابته للقاصر ، بقبول الوصاية . بل إن له أن يرفضها .

وتقع الولاية على كل أموال القاصر <sup>(١)</sup> . مع استثناء ما يؤول إليه منها بطريق التبرع . إذا اشترط المتبرع عدم خضوعها لسلطة الولي ( المادة ٣ ولاية المال ) . وفي هذه الحالة ينصب للصغير وصي يقوم إلى جانب وليه . وتكون سلطته مقصورة على الأموال الخارجة عن سلطة الولي .

### ١٣٠ - سلطة الولي :

ولولي . أباً كان أم جداً . سلطة القيام بالأعمال النافعة للصغير نفعاً محضاً . كقبول هبة له غير مقرونة بشرط . أما إذا كان التبرع مقروناً بشرط ماصح للولي قبوله . إلا بإذن المحكمة ( المادة ١٢ ولاية المال ) .

أما الأعمال الضارة بالصغير ضرراً محضاً . فالأصل فيها أنها ممنوعة على الولي . فليس للولي : ولو كان هو الأب . أن يتبرع بمال الصغير . إلا أنه يستثنى من ذلك التبرع لأداء واجب إنساني أو عائلي ، فيصح للولي أن يتبرع بمال صغيره لأداء واجب إنساني أو عائلي . بشرط إذن المحكمة .

وبالنسبة للأعمال الدائرة بين النفع والضرر : تلزم التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف بمقابل .

فأعمال الإدارة جائزة للولي . فللولي أن يقوم نيابة عن صغيره بكل التصرفات اللازمة لإدارة أمواله <sup>(٢)</sup> . كشراء البلور والسجاد والاتفاق مع مقاول على ترميم دار للصبي . ومن أعمال الإدارة الجائزة للولي لإجارة

---

(١) وتقتضى المادة ١٦ من قانون الولاية على المال بأنه : « على الولي أن يحضر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قبل كتاب المحكمة التي تقع بدائرتها موطنه في مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير في تقديمها ترميهاً لمال القاصر تخطر » .

(٢) مع استثناء الاستمرار في مباشرة تجارة آلت للقاصر . فليس للولي أن يستمر في مباشرة هذه التجارة ، إلا بعد إذن المحكمة ، وفي حدودها هذا الإذن ( المادة ١١ ولاية ) .

أموال القاصر . بشرط ألا يكون من شأنها أن تستمر مدتها إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من ستة ٥ فإن تجاوزت مدة الإيجار هذا المدى .  
ما حق للولي إجراؤه : إلا بإذن المحكمة ( المادة ١٠ ولاية المال ) .

أما أعمال التصرف بعوض . فتختلف سلطة الولي في إجرائها باختلاف ما إذا كان أباً للصغير أم جداً . فليس للجد أن يتصرف في مال الصغير إلا بإذن المحكمة ( المادة ١٥ ولاية ) . فلا يحق للجد . بغير إذن المحكمة . أن يبيع مال الصغير أو أن يرهنه . أو أن يتصالح عليه . أما الأب . فالأصل أن له أن يتصرف بعوض في مال صغيره . دون حاجة إلى إذن المحكمة . فالأصل أن للأب أن يبيع مال الصغير وأن يرهنه وأن يجرى عليه غير ذلك من التصرفات بعوض . ولكن ترد على هذا الأصل القيود الآتية :

١ - « لا يجوز للولي ( حتى لو كان أباً ) أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه ( المادة ٦ ولاية المال ) » .  
ويلاحظ أن المنع هنا مقصور على عقارات القاصر ٥ فهو لا يشمل مقولاته .

٢ - « لا يجوز للأب أن يتصرف في المقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثائة جنيه إلا بإذن المحكمة <sup>(١)</sup> » - ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أهوال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة ( المادة ٧ ولاية المال ) » .

٣ - « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه في المال المورث فلا يجوز للولي أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها ( المادة ٧ ولاية المال ) » .

(١) انظر نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ ص ٥٠٨ / ٥٤٢ . مجموعة النقض ص ٢٨ ص ٣١٠ رقم ٦٤ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « لما كانت نيابة الولي من القاصر هي نيابة قانونية . ويشتمل عليه حتى يتصرف أثر العمل الذي يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل في حدود نيابته . أما إذا تجاوز الولي هذه الحدود ( بيع الأب عقاراً لأولاده القصر تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه اشترى لم من مال مهم ) ٥ فإنه يفقد صفة النيابة ، ولا ينتج العمل أثره بالنسبة إلى القاصر . ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التي عادت عليه بسببه » .

٤ - لا يجوز للولي إقراض مال الصغير ولا افتراضه إلا بإذن المحكمة (المادة ٩ ولاية المال) .

ولاتسرى القيود السابقة على ما آل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه . صريحاً كان التبرع أو مستتراً ( المادة ١٣ ولاية المال ) . فبالنسبة إلى هذا المال . ثبت للأب سلطة كاملة . فله أن يتصرف فيه بكل أوجه التصرف . وله أن يؤجره لأية مدة يشاء . وذلك دون حاجة إلى إذن من المحكمة . بل إن الأب لا يلزم حتى بتقديم الحساب عن هذا المال للمحكمة .

#### ١٣٩ - الوصى :

إذا لم يكن للقاصر ولي . ثبتت الولاية على ماله للوصى . والوصى هو كل شخص يمنح الولاية على مال الصغير . غير أبيه وجده لأبيه . وهو نوعان :

١ - وصى مختار . ٢ - وصى معين .

والوصى المختار هو الوصى الذى يقيمه الأب لولده . كما يمكن لمن يريد التبرع بماله للصغير . أن يختار له وصياً يقوم على رعاية هذا المال لصالح الصغير . إذا لم يرد المتبرع دخول هذا المال تحت ولاية الولي أو الوصى العام<sup>(١)</sup> . ويجوز لمن أقام الوصى المختار . مادام حياً . أن يعدل عن اختياره بطريق الوصية . ويعرض اختيار الوصى على المحكمة لتثبته<sup>(٢)</sup> . وهى تقضى بذلك . إذا كان الوصى المختار عدلاً كفوفاً ذا أهلية كاملة ( المادة ٢٧ / ١ ولاية المال ) .

أما الوصى المعين . فهو الذى تعينه المحكمة للقاصر . إذا لم يكن له ولي ولا

---

(١) ويشترط أن يثبت اختيار الوصى بورقة رسمية ، أى بورقة محررة فى مكتب التوثيق بمصلحة الشهر العقارى ، أو بورقة عرفية مصدق فيها على توقيع الأب أو المتبرع فى مكتب التوثيق كذلك ، أو بورقة عرفية عادية ، بشرط أن تكون مكتوبة بخط الأب أو المتبرع وموقعة عليها بإمضاءه ( انظر المادة ٢٨ ولاية المال ) .

(٢) راجع فى كل ما سبق المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال .

وصى مختار . ويجب أن تتوفر في الوصى الذى تعينه المحكمة شروط خاصة تضمنتها المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال ، وهذه الشروط هى الآتية :

- ١- يجب أن يكون الوصى عدلاً وكفوفاً للقيام بمهام الوصاية .
- ٢- يجب أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة . فلا يصلح للوصاية من كان قاصراً أو مجنوناً أو معتوهاً أو سفهاً . فتل هذا الشخص محتاج هو نفسه للرعاية ، فلا يسوغ أن تناط به رعاية غيره .
- ٣- لا يجوز أن يعين وصياً من حكم عليه فى جريمة من الجرائم المحظرة بالآداب أو الماسة بالشرف أو التزاهة . ومع ذلك . إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات . جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .
- ٤- لا يجوز أن يعين وصياً من حكم عليه للجريمة كانت تقضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر . لو أنه كان فى ولايته .
- ٥- لا يجوز أن يعين وصياً من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .
- ٦- لا يصح أن يعين وصياً المحكوم بإفلاسه إلى أن يرد له اعتباره .
- ٧- لا يصح أن يعين وصياً من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .
- ٨- ولا يعين وصياً من قرر أب القاصر قبل وفاته حرمانه من التعيين<sup>(١)</sup> . متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك .
- ٩- ولا يجوز أن يعين وصياً من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى . أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة . إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

---

(١) ويجب أن يأتى الحرمان فى ورقة رسمية ، أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخط الأب وموقعة بإمضاءه .

١٠ - يجب أن يكون الوصى من طائفة القاصر ، فإن لم يكن ، فن أهل مذهبه ، فإن لم يكن : فن أهل دينه .

والأصل أن المحكمة لاتعين للقاصر إلا وصياً واحداً . ولكن يجوز لها عند الضرورة أن تعين أكثر من وصى . وفي هذه الحالة ، لا يجوز لأحد من الأوصياء الانفراد بإجراء عمل ما ، إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً معيناً لكل منهم في قرار تعيينه أو في قرار لاحق . وذلك مع استثناء الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة عن نفع للقاصر ، فيجوز لأى من الأوصياء المتعدين إجراؤها . وعند الخلاف بين الأوصياء ، يرفع الأمر للمحكمة لتأمر بما يتبع ( المادة ٣٠ ولاية المال ) .

والقاعدة أن سلطة الوصى تثبت بالنسبة إلى كل شئون القاصر المالية . ويستثنى من ذلك الأموال التى يتبرع بها شخص للقاصر ، مع اشتراط عدم خضوعها لسلطته ( المادة ٣ ولاية المال ) .

وإلى جانب الوصى العادى . الذى يمكن أن نطلق عليه الوصى العام - على أساس أنه يتولى الإشراف : كقاعدة عامة . على كل شئون القاصر المالية . تقيم المحكمة للقاصر وصياً خاصاً : يتولى عنه أمراً من الأمور تحدده المحكمة . ويكون ذلك فى حالات معينة بينها المادة ٣١ من قانون الولاية على المال : التى تقضى بأنه : « تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية :

( أ ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

( ب ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يملكه الوصى .

( ج ) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين فى البند ( ب ) .

( د ) إذا آل للقاصر مال بطريق التبرع واشترط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .



( هـ ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال .

( و ) إذا كان الولي غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ويجوز للمحكمة أن تعين إلى جانب الوصي ، ولو كان مختاراً ، مشرفاً ( المادة ٨٠ ولاية المال ) . ويراقب المشرف الوصي في إدارته أموال القاصر . وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضي المصلحة رفعه إليهما . وعلى الوصي لإجابة المشرف إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة أموال القاصر وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال . وعلى المشرف . إذا شغل مكان الوصي لأي سبب من الأسباب . أن يطلب إلى المحكمة إقامة وصي جديد . وإلى أن يباشر هذا عمله . يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التي يكون في تأجيلها ضرر للقاصر ( المادة ٨١ ولاية المال ) . وللمحكمة في أي وقت أن تقرر انتهاء الإشراف ، إذا رأت زوال داعيه ( المادة ٨٣ ولاية المال ) .

#### ١٣٢ - سلطة الوصي :

سلطة الوصي على أموال القاصر أضيق نطاقاً من سلطة الولي . سيما إذا كان أباً . وهاك الخطوط العريضة التي تحدد سلطة الوصي . سواء أكان مختاراً أم معيناً .

أولاً - الأعمال النافعة للصبي نفعاً محضاً . كقبول هبة تصدر لصالحه : وهذه الأعمال تجوز للوصي بغير إذن من المحكمة . ويلاحظ أن التبرع للقاصر المقرون بشرط من شأنه أن يحمله التزاماً ما . لا يعتبر عملاً نافعاً له نفعاً محضاً ، ومن ثم لا يجوز للوصي قبوله أو رفضه إلا بإذن المحكمة .

ثانياً - الأعمال الضارة بالصبي ضرراً محضاً . كال تبرع بماله : وهذه الأعمال لا تجوز أصلاً للوصي . ولا حتى بإذن المحكمة . ويستثنى من ذلك التبرع بمال القاصر لأداء واجب إنساني أو عائلي . فيسوغ للوصي إجراؤه . ولكن بشرط أن تأذن له به المحكمة ( المادة ٣٨ ولاية المال ) .

ثالثاً - أعمال التصرف يعوض ، كبيع مال القاصر والتقايط عليه <sup>(١)</sup> وقسمته <sup>(٢)</sup> ورهنه والصلح والتحكيم بشأنه وحوالة حقوقه وديونه واستئجار أمواله وإقراضها : كل هذه الأعمال وغيرها مما يعتبر تصرفاً يعوض في أموال الصغير . لا تصح للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة ( المادة ٣٩ ولاية المال ) . ويستثنى أعمال التصرف الممنوعة على الوصى بغير إذن المحكمة ، تلك التي تجرى نتيجة لإدارة المال . فللوصى بغير إذن المحكمة أن يجرى تلك الأعمال ، كأن يبيع غلة الأرض ، وأن يشتري ما يلزم لها من بنور وسجاد .

رابعاً - أعمال الإدارة . الأصل أن للوصى أن يقوم بالأعمال التي تستدعيها إدارة أموال القاصر ، دون حاجة إلى إذن المحكمة . وله على الخصوص أن يؤجرها لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ( المادة ٥٥٩ ) ، بشرط ألا يكون التأجير حاصلًا لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربها إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ، ففي هذه الحالة الأخيرة . لا يسوغ للوصى أن يؤجر مال الصغير إلا بإذن المحكمة . وحتى في الحالة التي لا يحصل فيها التأجير للأشخاص السابقين ، تحدد سلطة الوصى في تأجير مال الصغير إذا كان من الأراضي الزراعية أو المباني . فلا يسوغ للوصى بغير إذن المحكمة ، أن يؤجر الأراضي الزراعية لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، وبشرط ألا تمتد الإجارة إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد إلى أكثر من سنة <sup>(٣)</sup> . أما المباني . فلا يجوز للوصى بغير إذن المحكمة أن يؤجرها ابتداءً لمدة تزيد على سنة . وإذا أجر الوصى بغير إذن المحكمة مال الصغير لمدة تتجاوز الحد القانوني . أنقصت مدة الإيجار إلى هذا الحد .

---

(١) انظر : نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ . مجموعة أحكام النقض ص ١٦ ص ٧٣ رقم ١٢ .

(٢) انظر : نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ طعن ٣٢/٣٠٤ مجموعة أحكام النقض ص ١٧ ص ١١٠٦ - نقض ٢٣ يناير ١٩٦٤ طعن ٢٩/١٩٠ مجموعة أحكام النقض ص ١٥ ص ١٣١ رقم ٢٤ .

(٣) وهذا هو حكم كل عقارات القاصر ، فيما عدا المباني .

### ١٣٣ - تجاوز الولى أو الوصى حدود سلطته :

بيننا فيما سبق سلطة كل من الولى الشرعى ( أيا كان أم جداً ) والوصى حينما يباشران الولاية على أموال القاصر . وقد يحدث أن يتجاوز هذا أو ذلك حدود سلطته ، فاعساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

ان هذا الحكم ليس بعسير . فالولى أو الوصى لا يعلو أن يكون نائباً قانونياً عن القاصر . فيأخذ تجاوز السلطة منه حكم تجاوز النائب سلطته لزاء أصيله : ومؤداه عدم نفاذ التصرف الذى يجريه خارج حدود سلطته : فى حق القاصر مالم يقره بعد بلوغه رشده <sup>(١)</sup> . وقد سارت محكمتنا العليا مؤخراً على هذا النظر فى حكمين إثنين لها <sup>(٢)</sup> ، وإن كانت قد خالفت فى حكمين آخرين ، مقررّة أن من شأن تجاوز الوصى حدود سلطته أن يقع تصرفه قابلاً للإبطال لمصلحة القاصر <sup>(٣)</sup> . وهذا التكييف الأخير بعيد عن الصواب ، ومن حسن الحظ أن يكون القضاء به سابقاً على القضاء بالنظر الآخر ، الأمر الذى يجعلنا على الاعتقاد بأن محكمتنا العليا قد عدلت عنه .

والحق إنه ينبغى التحرز من الوقوع فى الخلط الشائع بين التصرف غير

---

(١) راجع ما سبق ، نية ١١٣ .

(٢) أنظر : نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ طعن ٤٢/٥٠٨ ق مجموعة بالنقض س ٢٨ ص ٣١٠ رقم ٦٤ ( وقد قضى هذا الحكم بدم نفاذ بيع أجراه الأب نيابة عن أولاده القصر لعقار تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه آل إليهم من أهمهم بمخالفة المادة ٧ من قانون الولاية على المال ) - نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ ، طعن ٣٢٢/٣٠٤ ق مجموعة بالنقض س ١٧ ص ١١٠٦ ( وقد قضى هذا الحكم بعدم الاحتجاج على القصر بقسمة رضائية أبرأها وصيهم نيابة عنهم بغير الحصول على إذن محكمة الأحوال الشخصية ، ولو كان الوصى قد تمهد بالحصول على هذا الإذن ثم قصر فى ذلك ) .

(٣) أنظر نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق ، مجموعة النقض س ١٦ ص ٧٣ رقم ١٢ ( وقد قضى هذا الحكم بأن إبرام الوصية عقد مقايضة نيابة عن القاصر بدون الحصول على إذن المحكمة يعتبر باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر يصح إلجأته بعد بلوغه سن الرشد ) - نقض ٢٣ يناير ١٩٦٤ طعن ٢٩/١٩٠ ق مجموعة بالنقض س ١٥ ص ١٣١ رقم ٢٤ ( وقد قضى هذا الحكم بأن قيام الوصى بالتصرف خارج سلطاته بأن أجرى قسمة مال القاصر بغير إذن المحكمة يستتبع البطلان النسبى لمصلحة القاصر الذى يكون له ، عند بلوغه سن الرشد ، التنازل عن التمسك بالبطلان وإجادة القسمة ) .

النافذ في حق شخص معين وبين ذاك الذي يقع قابلاً للإبطال لمصلحته . فالأول لايسرى في مواجهة الشخص مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون . فهو يبقى غير معمول به في حقه مالم يقره . إذا قدر له أن يفعل . أما التصرف القابل للإبطال . فهو ينفذ فور إبرامه . حتى في حق من تقرر الإنطال لمصلحته : ويبقى كذلك إلى أن يقضى بإبطاله إذا قدر له أن يأخذ هذا المصير . ثم إن التصرف القابل للإبطال يتطهر من عيبه ويصير بذلك عقداً تام الصحة بفوات ثلاث سنوات ( المادة ١٤٠ ) . تبدأ في حالة القصر من بلوغ الرشد . أما التصرف غير النافذ فيبقى عديم الأثر مهما طال الوقت . مادام إقراره لم يقع .

#### ١٣٤ - عوارض الأهلية :

إذا بلغ الإنسان سن الرشد . وهي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة . متمتعاً بقواه العقلية ، ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغها باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . اعتبر أنه استكمل الإدراك والتمييز . وأضنى القانون عليه بالتالى أهلية الأداء كاملة . ويستمر الإنسان متمتعاً بتلك الأهلية ما بقى حياً ، مالم يدركه عارض من عوارض الأهلية .

وعوارض الأهلية هي أمور تترك البالغ الرشيد . ويكون من شأنها أن تعدم أهليته أو تنقصها . وهي متعددة متنوعة . وتنقسم . بحسب طبيعتها . إلى ما يأتى :

١ - عوارض تصيب من الإنسان عقله . فتعدم إدراكه وتمييزه : وهذه هي الجنون والعتة .

٢ - عوارض تلحق من الإنسان تدبيره ، فتفسده : وهذه هي السفه والغفلة .

٣ - عارض لا يصيب العقل ولا يلحق التدبير . ولكن وجوده يصعب على الإنسان التعبير عما يريد ؛ ويتضمن هذا العارض العاهات الجسمانية .

٤ - عارض لا يصيب العقل ولا يلحق التدبير ولا يصعب التعبير عن الإرادة ، ولكنه يؤثر في أهلية الشخص كعقوبة جنائية تبعية ؛ وهذا هو عقوبة الجنائية .

وتتكلم في هذه العوارض على التوالى :

### ١٣٤ - (أ) العوارض التى تصيب العقل أو الجنون والعتة :

الجنون خلل يلحق العقل ، فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز . أما العتة ، فقد اختلف في تعريفه . فقال البعض إنه نوع من الجنون . يتميز بأن صاحبه لا يلجأ إلى العنف ، لأنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون . فهو جنون هادئ<sup>(١)</sup> . وقال البعض الآخر إن العتة يتميز عن الجنون بأنه لا يعدم بالضرورة الإدراك لدى صاحبه . فقد يصل من القوة إلى حد إعدام هذا الإدراك ، وهنا يأخذ حكم الجنون . وقد يصل من القوة إلى حد إنقاص الإدراك لدى صاحبه فحسب . وهنا لا يكون المعتوه معذور الإرادة كالمجنون بل ناقصا ، ويأخذ حكم الصبي المميز<sup>(٢)</sup> .

والخلاف السابق في تحديد المقصود بالعتة لا يعدو أن يكون مجرد صدق لذاك الذى قام بين فقهاء المسلمين في شأنه . فقد رأى البعض منهم إن العتة يعدم عند صاحبه الإدراك . شأنه في ذلك شأن الجنون ، الأمر الذى جعلهم يعطون تصرفات المعتوه حكم تصرفات المجنون والصبي غير المميز . ورأى البعض الآخر من فقهاء المسلمين إن العتة لا يعدم عند صاحبه الإدراك . وإنما ينقصه فحسب . الأمر الذى جعلهم يعطون تصرفاته حكماً يفاير ذاك الذى يلحق تصرفات المجنون . ليماثل مع حكم تصرفات الصبي المميز<sup>(٣)</sup> .

والفرقة في العتة بين نوعين : أحدهما يعدم عند صاحبه الإدراك ويجعله في حكم المجنون . وثانيهما يقتصر على أن ينقص لدى صاحبه الإدراك ويجعله في حكم الصبي المميز . هذه الفرقة : وإن أقرها الفقه الإسلامى في بعض

(١) انظر في هذا المعنى : عبد الختم الصده - نظرية الحق تبة ٩٩ .

(٢) انظر في هذا المعنى : أستاذنا عبد الرزاق السنهورى - الوسيط في شرح القانون

الجديد مصادر الالتزام ، تبة ١٥٧ - سليمان مرقص - المدخل للمعلوم القانونية تبة ٢٤٦ .

(٣) وقد أعذت المجلة - وهى كما نعلم تقنين بعض قواعد الفقه الإسلامى على المذهب

الحنفى - بهذا رأى .

مذاهبه <sup>(١)</sup> كما بينا . إلا أن قانوننا المدني لا يأخذ بها ، أو على الأقل . هو لا يأخذ بها بعد تسجيل قرار الحجر . فالمادة ١/٤٥ مدني تجعل المعتوه فاقد التمييز ، كالمجنون تماماً . والمادة ١٤ مدني تنص على أن تصرفات المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر . تقع باطلة : شأنها في ذلك شأن تصرفات المجنون تماماً . وعلى هذا . فآلته يأخذ قانوناً حكم الجنون .

وقد أحسن مشرعنا صنعا بعدم التفرقة بين المجنون والمعتوه في صدد حكم تصرفاتهما . فالتفرقة بين الجنون والتهتيم تشمل في خيط رفيع قد يدق بيانه . يخلص من هذا أن كلا من الجنون والتهتيم <sup>(٢)</sup> عاهة تلتحق عقل الإنسان . فتعتمد فيه الإدراك والتمييز . وتعتمد فيه بالتالي أهلية الأداء . إلى مناطها الإدراك والتمييز . كما قد نا <sup>(٣)</sup> .

فكل من المجنون والمعتوه فاقد التمييز ومعنوم أهلية الأداء ( المادة ٤٥ مدني ) . وهو يأخذ بحكم الصبي غير المميز . فكل تصرفاته تقع باطلة بطلاناً مطلقاً . حتى ما كان من شأنه أن يعود عليه بالنفع المحض .

على أن المجنون أو المعتوه ، لا يعتبر كذلك في حكم القانون : وبعبارة أخرى . لا تنعدم أهلية الأداء عنده . إلا بعد صدور قرار الحجر عليه من المحكمة وتسجيل هذا القرار <sup>(٤)</sup> . وفي ذلك يختلف قانوننا المصري مع الراجح في الفقه الإسلامي ، والذي يقول به الخنفية . حيث يبشر بأن كلا من المجنون

---

(١) انظر في هذا المعنى : أستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها : والولاية في الفقه الإسلامي ، مجلة القانون والاقتصاد س ١ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد عرفت بحكمة النقض المته بقولها : « المته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كاله » . وهذا التعريف ، وإن أمكن له أن يتشبه مع الفقه الإسلامي في بعض مذهب ، إلا أنه يبدو غير دقيق تحت ظل قانوننا المصري : إذ أن هذا القانون لا ينظر إلى المعتوه على أنه ناقص العقل غير كامله ، وإنما ينظر إليه على اعتبار أنه معنوم العقل . شأنه في ذلك شأن المجنون . (٣) راجع ما سبق ، نيلزة ١٢٦ .

(٤) انظر نقض ٢٥ مايو ١٩٧٧ ، طين ٤٥/٣٣ في مجموعة النقض س ٢٨ ص ١٢٩٣ رقم ٣٢٢ . وقد جاء في هذا الحكم أن توقيع الخبير ورفضه لا يكون إلا بمقتضى حكم ، وأنه لا اعتداد بقيام موجب الحجر أو زواله إذا لم يصدر به حكم .

والمعتوه . وبخلاف السفية وذى الغفلة ، محجور عليه لذاته ، أى مجرد كونه مجنوناً أو معتوهاً<sup>(١)</sup> ، ودون اعتبار لما إذا كان قد قضى بالحجر عليه أم لم يقض . وسواء أكان قد نصب عليه قيم أن لم ينصب . ووفقاً لهذا النظر الإسلامى ، تقع تصرفات المجنون أو المعتوه مشوبة بالبطلان لمجرد صدورهما منه حالة كونه مجنوناً أو معتوهاً . وهى لا تكون كذلك إلا إذا صدرت منه فى فترة جنونه أو عته . دون تلك التى تصدر منه فى فترة من فترات إفاقة . وذلك فى الأحوال التى يكون المجنون أو العته متقطعاً غير مطبق . أما فى ظل القانون المصرى . فإعدام المجنون أو المعتوه ليس محجوراً عليه لذاته . وإنما فقط بقرار الحجر وتسجيله . فإنه لا يعتبر معدوم الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجيله . وهو يبقى كذلك طالما بقى قرار الحجر المسجل قائماً ولم يصدر قرار آخر برفع الحجر . وسواء فى ذلك بالنسبة إلى التصرفات التى تصدر فى فترة من فترات الجنون أو العته ، أو فى فترة من فترات الإفاقة<sup>(٢)</sup> . وهكذا يتمثل الحجر . بعد تسجيل القرار الصادر به . فى ظل قانوننا المصرى ، قرينة قانونية قاطعة على انعدام الإدراك وبالتالي على انعدام الأهلية . وذلك طوال بقاء الحجر قائماً<sup>(٣)</sup> . فلا يسوغ عندئذ الادعاء بأن التصرف قد صدر من المجنون أو المعتوه فى فترة كان فيها واعياً ومدركاً لما يقول ويفعل ، بغية الوصول إلى تقرير صحة تصرفه .

وتحديد ما إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً من علمه أمر متروك لتقدير القاضى . ويوضع زمامه بين يديه . ويفصل فيه على هدى من شواهد الحال

(١) انظر المادة ٩٥ من المحلة .

(٢) وقد سائر القانون المصرى فى ذلك كلا من القانون السورى ( المادة ١١٤ ) والقانون اللبنى ( المادة ١١٣ ) . وأخذ القانون العراقى يحكم يتخالف مع ما يقضى به القانون المصرى . مقرر أن المجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما أى بقوة القانون وبغير حاجة لحكم القاضى ( المادة ٩٤ ) ، متجاوزاً فى ذلك مع ما هو سائى فى الفقه الإسلامى وقفت به المحلة ( المادة ٩٥٧ ) . وقد سار القانون الأردنى على النهج نفسه ( المادة ١/١٢٨ ) . وجاء القانون المدنى الكويتى بدوره متجاوزاً مع الفقه الإسلامى ، قاضياً بأن المجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما ، شأنهما فى ذلك شأن الصغير ( المادة ١/٨٥ ) .

(٣) انظر : تقضى ١٩ يناير ١٩٧١ ، مجموعة التقضى س ٢٢ ص ٧١ رقم ١٤ .

وخبرة المتخصصين في الآفات العقلية . دون أن يتقيد في ذلك بدليل أو بآخر من أدلة الإثبات . والأمر من بعد يتمثل مسألة موضوعية . أى أنه يدخل في سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، من غير معقب عليه من محكمة النقض . مادام حكمه يقوم على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله <sup>(١)</sup> .

وليس ضرورياً لإثبات الجنون أو العته قضاء ، بغية توقيع الحجر على صاحبه بسببه ، أن يكون قد صدرت من الشخص بالفعل تصرفات تهم عن حالته . فجرد قيام الجنون أو العته مسوغ كاف لتوقيع الحجر . فتوقيع الحجر ليس عقوبة أو جزاء عن تصرفات تصدر من الشخص ، وإنما هو مجرد إجراء يستهدف به حمايته <sup>(٢)</sup> .

وإذا وصلنا إلى أن كلا من المجنون والمعتوه لا يعتبر . في ظل قانوننا المصرى . منعدم الأهلية إلا بصلور قرار الحجر وتسجيله <sup>(٣)</sup> ، فإن ذلك

---

(١) انظر نقض ٥ يناير ١٩٧٧ . مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ١٨٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن المحكمة الموضوع ، في سبيل توقيع الحجر للمته ، مطلق الحرية في تقدير قيام حالة العته باعتبارها تتعلق بفهم الواقع في الدعوى ، فلا تخضع في قضائها هذا لرقابة محكمة النقض . متى كان استخلاصها سائغاً . وانظر في نفس المعنى : نقض أول يناير ١٩٧٤ طعن ٥٣ و ٥٧ / ٣٨ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٢ رقم ١٨ . وانظر كذلك نقض ١٩/١/١٩٧١ ، ضمن ٢٧٠/٣٦ ق مجموعة النقض س ٢٢ ص ٧١ رقم ١٤ .

(٢) أنظر نقض ٥ يناير ١٩٧٧ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم في خصوص 'الحجر للمته ما يأتى : « الحجر للمته لا يقصد منه توقيع عقوبة على المجهور ، وإنما يريد المشرع به حماية المجهور في أمواله ، بأن يدرأ عنه ما قد تؤدي إليه حالته . ومن ثم فليس يلزم أن يمتنع توقيع الحجر على حصول تصرفات تدل على فساد التدبير لدى الشخص ، طالما تحقق الحكم من موجب الحجر بقيام حالة العته » . ويلاحظ على صياغة هذا الحكم أنه جعل فساد التدبير هو المسوغ لهجر للمته ، في حين أن المسوغ للمته هو غلغل في العقل ، وليس في مجرد فساد التدبير . الذى ينبغى مسوغاً لهجر للمته أو لفعله نصب .

(٣) ويأخذ حكم تسجيل قرار الحجر تسجيل طلب الحجر المتقدم المحكمة . فإعمالاً للمادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات الصادر برقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ ( والذى لم يشملها الإلغاء بمقتضى قانون المرافعات الحالى الصادر في سنة ١٩٦٨ ) ، تعتبر تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة إذا جازت بعد تسجيل طلب الحجر . وقدر هذا الطلب أن تستجيب له المحكمة فتصدر قرارها بتوقيع الحجر .



الحكم ليس مطلقاً . فهو لا يعدو أن يكون الأجل العام . ويرد على هذا الأصل استثناءان هامان . يعتبر كل من المجنون والمعتوه بمقتضاهما عديم الأهلية . حتى قبل صدور قرار الحجر عليهما وتسجيله . وقد تضمنت المادة ١١٤ هذين الاستثناءين . فبعد أن قررت . في فقرتها الأولى . وقوع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة إذا صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر . جاءت في فقرتها الثانية تقول : « ٢ - أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . وهكذا فاستثناء من الأصل العام . يعتبر المجنون أو المعتوه عديم الأهلية حتى قبل تسجيل قرار الحجر عليه في الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى - شيوع حالة المجنون أو العته وقت التعاقد : إذا كانت حالة الشخص من المجنون أو العته شائعة عند إجراءاته التصرف . اعتبر عديم الأهلية عندئذ . وبطل من ثم تصرفه . حتى لو كان المتعاقد معه نفسه على غير بينة من حقيقة حالته . ويقصد بشيوع حالة المجنون أو العته عند الشخص أن تكون معروفة من سواد الناس ممن يخاطبونه أو يجاورونه أو يتعاشون معه . الحالة الثانية - علم المتعاقد مع المجنون أو المعتوه بحالته : إذا كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من حقيقة حالته . اعتبر هذا أو ذاك عديم الأهلية . وبطل بالتالى تصرفه ، حتى لو كانت حالة المجنون أو العته غير شائعة بين الناس في مجموعهم .

خلاصة كل ماسبق أن المجنون أو المعتوه . في ظل قانوننا المصرى . لا يعتبر عديم الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر عليه وتسجيله . وذلك ما لم تكن حالته شائعة . عند إجراء التصرف . أو كان المتعاقد معه على بينة من حالته وقت التعاقد . ويوقع الحجر بقرار من المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) . كما يرفع أيضاً بقرار منها . ولا يعتبر الحجر واقعاً على الشخص ، كما أنه لا يرفع الحجر عنه بعد توقيعه عليه . إلا بمقتضى قرار المحكمة ، وذلك حتى لو قام به قبل ذلك القرار مقتضى توقيع الحجر أو رفعه .

والقرار الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه . بوصف أنه ينشئ .  
للشخص حالة مدنية ، له حجية مطلقة على الناس كافة <sup>(١)</sup> . فهو يسرى حتى  
على من لم يكن طرفاً في الدعوى .

### ١٣٥ - حكم تصرفات المخبون أو المعتوه :

لتحديد حكم تصرفات المخبون أو المعتوه ، يلزمنا ، في ضوء ما تقدم .  
التفريق بين مرحلتين : المرحلة السابقة على تسجيل قرار الحجر ، والمرحلة  
اللاحقة لتسجيل هذا القرار .

### ١٣٦ - حكم تصرفات المخبون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر :

المخبون أو المعتوه . كما سبق لنا أن بينا . لا يعتبر . بحسب الأصل ، معلوم  
الأهلية إلا بعد تسجيل قرار الحجر ، مع ملاحظة أن القانون يجعل لتسجيل  
طلب الحجر أثر تسجيل القرار الصادر به <sup>(٢)</sup> ، بالنسبة إلى الحكم الذي يلحق  
التصرفات الصادرة من المخبون أو المعتوه . شأن تصرفاتها في ذلك شأن  
تصرفات السفه وذى الغفلة ( المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات القديم  
الصادر في سنة ١٩٤٩ ) . وإذا كان الأمر كذلك . فإن الأصل أن تقع  
تصرفات المخبون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر ( أو قبل تسجيل  
طلب الحجر إن كان هذا الطلب قد سجل ) صحيحة لا باطلة ، ما لم تكن  
قد صدرت منه حالة كون جنونه أو عتبه شائعاً ، أو كان المتعاقد الآخر  
على بينة منه <sup>(٣)</sup> . وفي ذلك جاءت المادة ١١٤ / ٢ مدني تقضي بأنه :

---

(١) نفق ١/١/١٩٧٤ ، طين ٥٣ ، و ٣٨/٥٧ ق مجموعة النفق س ٢٥ ص ٩٢  
رقم ١٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن القرار الصادر بتوقيع الحجر له - بوصفه منشأ حالة  
المدنية - له حجية مطلقة تسري في حق الناس جميعاً .

(٢) انظر : نفق ١١/٢/١٩٦٥ طين ١٣/٣١ ق مجموعة النفق س ١٦ ص ٦٥٣  
رقم ١٥١ . وقد جاء في هذا الحكم أن تسجيل طلب الحجر يترتب عليه ما يترتب على تسجيل قرار  
الحجر نفسه .

(٣) ويكفي لبطالان تصرف المخبون أو المعتوه أحد الأمرين : شيوع الحالة أو علم المتعاقد  
الآخر بها . فلا يلزم اجتماع الأمرين معاً . كما أنه في خصوص علم المتعاقد الآخر بالمجنون أو  
العته ، يكفي مجرد هذا العلم . فلا يلزم التواطؤ أو الاستغلال ، بخلاف الحال في السفه والغفلة . =

٢ - أما إذا صدر التصرف ( من المجنون أو المعتوه ) قبل تسجيل قرار الحجر عليه . فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد . أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

ولكن هل يتعين الأخذ بتلك النتيجة بصفة مطلقة . بمعنى أن تكون تصرفات المجنون أو المعتوه . قبل تسجيل قرار الحجر عليه ، وفي غير الحالتين المنصوص عليهما في المادة ١١٤ / ٢ . صحيحة دائماً ، أى حتى ولو ثبت أنه كان فعلاً مجنوناً أو معتوهاً عند إبرامها . أم أن تلك التصرفات تقع باطلة ، على أساس آخر غير انعدام الأهلية . هو انعدام الإرادة ؟

لم يثر هناك شك حول هذه المسألة في ظل القانون المدني القديم . وكان الرأي المجمع عليه حينئذ هو أنه إذا ثبت أن الشخص كان عند إبرام التصرف مجنوناً أو معتوهاً ، وقع التصرف باطلاً على أساس انعدام الإرادة . ولو كان لم يحجر عليه بعد ، ولو كان جنونه أو عته غير شائع . ولو كان المتعاقد معه على غير بينة من حالته <sup>(١)</sup> .

ولكن المادة ١١٤ / ٢ من القانون المدني الحالي تثير الشك . فهي تقول إن تصرف المجنون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر ، لا يكون باطلاً . إلا إذا كانت حالة المجنون أو العته شائعة وقت التعاقد ، أو كان المتعاقد الآخر على بينة من حالته . فهل يفهم من هذه المادة أن تصرف المجنون

---

١- انظر في ذلك : نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ طعن ١٩٦٦/٢٨٢ ، مجموعة أحكام النقض س ١٧ من ٢٠٢٤ - نقض ١٩٦٧/٩/١٥ طعن ١٩٦٧/١٤٧ ، مجموعة أحكام النقض س ١٨ من ١٢٩٨ . (١) وقد أقرت محكمة العليا هذا الرأي في أحكام عديدة لها . انظر من أحكامها الحديثة : نقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض ( مجموعة عمر ) ج ٥ ص ٢٣٨ رقم ١٠٦ - نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ . مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ١ رقم ٤٣ ص ١٣٩ ؛ وقد جاء في هذا الحكم أن التمهيد لإرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته ، وأن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر ( بعد توقيعه ) على الماضي ، وإنما لثبوت حالة التمهيد لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه . وانظر أيضاً نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية . س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ ؛ وقد جاء في هذا الحكم أن البيع الصادر من شخص معتوه ، حجر عليه بعد إبرامه ، يقع باطلاً لانعدام إرادته عند إبرامه ، لا نتيجة بسبب أثر قرار الحجر على التصرفات السابقة على وقوعه .

أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر ، وفي غير الحالتين السابقتين ، يقع صحيحاً دائماً ، أى حتى لو ثبت أنه كان فعلاً مجنوناً أو معتوهاً عند إبرامه ؟

واضح أن حرفية المادة ١١٤ / ٢ تؤدي إلى الأخذ بهذا الحكم . ومن الممكن أن يقال في تبريره إن استقرار المعاملات ومراعاة حسن نية المتعاقد مع المجنون أو المعتوه يقتضيانه . وقد قالت به فعلاً محكمة النقض <sup>(١)</sup> ، كما أن بعض الفقهاء يؤيدونه <sup>(٢)</sup> .

بيد أننا لانستطيع الأخذ بهذا الرأي . لأن الإرادة أساس التصرف . ولا يمكن لهذا أن يقوم إلا إذا جاء نتيجة إرادة مدركة مميزة . فإذا ثبت أن شخصاً معيناً كان بالفعل مجنوناً أو معتوهاً حين إبرامه تصرفاً معيناً . وقع هذا التصرف باطلاً بالضرورة : ولو لم يكن قد حجر على هذا الشخص بعد . ولو كان جنونه أو عته غير شائع : ولو كان الطرف الآخر على غير بينة من حالته . لأن المجنون أو العته يذهب بذاته عن الشخص الإرادة . دون

---

(١) انظر نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض المدنية س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ ( وقد سبقت الإشارة إليه ) . وقد جاء في هذا الحكم ، الذي فصل في قضية ثار فيها نزاع حول بطلان عقد بيع أبرمته ، قبل صدور القانون المُلغى الجديد ، امرأة معتوهة لم يكن قد حجر عليها بعد ، ما يأتي : « أما المادة ١١٤ من القانون المُلغى الجديد فقد سنت حكماً جديداً ، يمكن مقررًا في القانون الذي كان معمولاً به وقت حصول التصرف ، إذ أوجبت لبطلان التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها . وهو ما لم يوجب القانون السابق . » وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١١/١١/١٩٦٥ طعن ٤٦٠/٤٦٠ ق مجموعة النقض س ١٦ ص ١٠٣١ رقم ١٦٠ - نقض ١٩٧١/١٩٧١ طعن ٣٦٩/٢٧٠ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ص ٧١ .

(٢) انظر عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج ١ . ويقول أستاذنا الكبير بدون تقريب عند الكلام في أهلية المجنون ( نُبذة ١٥٦ ) : « فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة مادامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر » . في حين أنه يقول ، عند الكلام عن الإرادة ( نُبذة ٧٢ ) ، باعتبارها ركناً في العمل القانوني ، إن المجنون يعتبر معلوم الإرادة دون تفرقة بين ما إذا كان قد حجر عليه أم لا . وانظر في نفس الاتجاه القائل بصحة التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر : حسن كيرة ، أصول القانون نُبذة ٣٠٩ - عبد المنعم الهداوي ، النظرية العامة للتزامات ج نُبذة ١٢٤ - توفيق فرج ، المدخل للملوم القانونية نُبذة ٣٩٦ .

توقف على أى أمر آخر . على أن البطلان هنا لايجب نتيجة انعدام الأهلية ولكن نتيجة انعدام الإرادة .

ولايسوغ أن يعترض على هذا الحكم بنص المادة ١٤٤ / ٢ . فهذه المادة . كما يدل عليه مكانها <sup>(١)</sup> ، لا تعرض إلا لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه على أساس انعدام الأهلية عنده . وقد رأينا أن البطلان فى حالتنا يؤسس على أمر آخر . هو انعدام الإرادة . وهو يبنى على نص آخر ، هو نص المادة ٨٩ التى تستلزم الرضا ، كركن أساسى لقيام العقد .

وهكذا نصل إلى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل الحجر عليه تقع باطللة . ولو كان جنونه غير شائع . ولو كان المتعاقد معه على غير بيئة من أمره . ومرد البطلان هنا إلى انعدام الإرادة لدى المجنون أو المعتوه . فهو لا يؤسس على انعدام الأهلية عنده <sup>(٢)</sup> .

ويلاحظ أن الفارق كبير بين تأسيس البطلان على انعدام الأهلية لدى المجنون أو المعتوه ، وبين تأسيسه على انعدام الإرادة عنده . فإذا كان المجنون أو العته شائعا وقت التعاقد . أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بيئة من حالته . اعتبر الشخص معدوم الأهلية . وأخذ حكم المحجور عليه . ويرتب على ذلك أن طالب البطلان لا يلزم بإثبات قيام حالة المجنون أو العته عند التعاقد ، فوجود هذه الحالة يفترض عندئذ . أما إذا كان المجنون أو العته غير شائع عند التعاقد ، ولم يكن الطرف الآخر على بيئة من هذه الحالة . اعتبر المجنون كامل الأهلية ، واستحال تقرير البطلان على أساس انعدام الأهلية . فإذا أريد تأسيس البطلان على انعدام الإرادة ، على اعتبار أن المجنون أو العته يذهب عن الشخص إرادته . نعم على طالبه أن يثبت قيام

---

(١) فهذه المادة تحيى بين المواد التى تعرض للأهلية كشرط لازم لصحة العقد .

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد المقيم الصدة ، نظرية الحق ، نبذة ١٠٤ - شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ص ٨٥ - أحمد حشمت أبوستيت ، نظرية الالتزام ج ١ مصادر الالتزام ،

الجنون أو العته حال إجراء التصرف بالذات<sup>(١)</sup> ، بحيث إنه إذا عجز عن هذا الإثبات ، أو أثبت الطرف الآخر أن المجنون أو المعتوه كان مفقداً في ذات اللحظة التي أبرم فيها التصرف ، وقع التصرف صحيحاً . ولدى المصلحة أن يثبت قيام الجنون أو العته بكل طرق الإثبات ، بما فيها شهادة الشهود . والتقدير النهائي لقاضي الموضوع<sup>(٢)</sup> .

١٣٧ - حكم تصرفات المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر :  
المجنون أو المعتوه . كما سبق لنا أن بينا يجبر عليه من المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) . وتعين له هذه المحكمة فيما يشرف على شؤونه المالية . ويجب تسجيل طلب توقيع الحجر ، ثم قرار الحجر بعد صدوره .

وإذا صدر قرار الحجر وبجمل . أصبح المجنون أو المعتوه معلوم أهلية الأداء<sup>(٣)</sup> . ويستمر هكذا إلى أن تصدر المحكمة قراراً برفع الحجر عنه . ويرتب على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بعد الحجر عليه ، أن جميع تصرفاته التي يبرمها بعدئذ تقع باطلة بطلاناً مطلقاً . أي معلومة<sup>(٤)</sup> .  
لا تفرقة في ذلك بين نوع وآخر من هذه التصرفات . فكل تصرفاته تقع باطلة ، ولو كان من شأنها أن تعود عليه بالنفع المخفض . كقبول افية . ولا تفرقة

---

(١) حل أن مجرد إثبات قيام الجنون أو العته عند التعاقد يكفي . فلا يلزم إثبات توافر التحايل على القانون أو التواطؤ على تفويت حكمه . كما هي الحال بالنسبة إلى السفه إذا أريد إبطال التصرفات السابقة لمجر عليه . انظر في هذا المعنى نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام النقض المدنية ، ص ١٣ ص ١٤٩ .

(٢) انظر نقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٩ مجموعة القواعد القانونية ( مجموعة عمر ) ج ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٨ - نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية ص ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ .

(٣) بل إنه إذا كان طلب توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه قد سجل ، ثم صدر قرار الحجر بعد ذلك . اعتبر المجنون أو المعتوه معدوم الأهلية ابتداء من تسجيل ذلك الطلب .

(٤) ويلاحظ أن القانون الفرنسي لا يوقع تصرف المجنون باطلاً . وإنما قابلاً للإبطال فحسب . وذلك برغم التسليم بانعدام الإرادة عنده ، وذلك لغير التمسك مع اعتبارات المصلحة . وحتى يمتنع على المتصادق مع المجنون التخلص مع العقد ، إذ تصادف وكانت للمجنون فيه فائدة ( انظر المادة ٨٩٩ فرنسي ) . وذلك مثال قد لا يختصه فن صناعة القانون أمام معسنة الناس .

أيضاً بين ما إذا كان المخبون أو المعتوه قد أجرى التصرف في حالة جنونه أو عته . وبين ما إذا كان قد أجرأه في فترة من فترات إفاقة : إن كان جنونه أو عته متقطعاً غير مطبق ، وتتخلله فترات إفاقة .

#### ١٣٨ - (ب) العوارض التي تصيب الإنسان في تدبيره أو السفه والخفاة :

السفيه هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع <sup>(١)</sup> ، حتى لو كان ذلك في وجه من وجوه الخير <sup>(٢)</sup> . أو هو . كما عرفت بحكمة النقض في الحديث من أحكامها <sup>(٣)</sup> . من يبذر المال ويثقله فيما لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً . أو هو ، كما عرفت المادة ٩٤٦ من المجلة . « الذي يصرف ماله في غير موضعه ويبذر في مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف ... » .

فالسفه ضعف في بعض الملكات الضابطة في النفس يحمل صاحبه على تبذير ماله وإتلافه <sup>(٤)</sup> فيما يتجاوز المشروع والمعقول في نظر الحكماء من الناس ، أو هو خفة في الإنسان <sup>(٥)</sup> تحمله على ماسبق . ويلاحظ أن مجرد إنفاق المال لا يعتبر في ذاته سفهاً ، وإن كبر . وإنما يجب أن يعود في الأساس على الظروف التي حملت الشخص على هذا الإنفاق والغرض الذي تغياه به . فليس يعتبر بالضرورة سفهاً أن يتبرع الشخص - مثلاً - بالكثير الأغلب من ماله ، بل وبكل ماله ، لزوجته وأولاده الصغار . مدفوعاً في ذلك

---

(١) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ ، مجموعة النقض من ٨ ص ٦١٩ رقم ٦٩ - نقض ١٩٥٨/٥/١٥ ، مجموعة النقض من ٩ ص ٥٠١ رقم ٦٠ .

(٢) ويلاحظ أن الشافعية يخالفون السائل في الفقه الإسلامي ، فلا يعتبرون الشخص سفيهاً إذا كان تجاوز الإنفاق عن المألوف قد وقع منه في وجه من وجوه الخير .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ ، ملن ٤٠/٢١ ق ( أحوال شخصية ) مجموعة النقض من ٢٥ ص ٥٩٣ رقم ٩٥ - نقض ١٩٦٦/٢/٢ ١٩٦٦/٢/٢ ملن ٢٣/٢١ ق ( أحوال شخصية ) ، مجموعة النقض من ١٧ ص ٢٣٧ رقم ٣١ - نقض ١٩٧٢/١٠/٢٥ ، مجموعة النقض من ٢٣ ص ١٢١٦ .

(٤) نقض ١٩٥٨/٥/١٥ السابقة الإشارة إليه .

(٥) انظر : نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ السابقة الإشارة إليه .

بالتوادر والتعاطف والترحام والرغبة في تأمين المستقبل وضمانه <sup>(١)</sup> ، كما أنه لا يعتبر بالضرورة سفهاً أن يتبرع الشخص بالأغلب من أمواله لآخر ، مدفوعاً بالوفاء لصنيعه والاعتراف بجميله ، لاسيما إذا لم يكن للمتبرع أولاد يرثونه من بعده وفاته <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان السفه يتمثل ، كما أسلفنا ، في تبذير المال وإتلافه ، فهو لا يمس من الإنسان عقله ، وإنما يمس تدبيره أمره ، فالسفيه كامل العقل ، ولكنه سيء التدبير فاسده .

وتعديد ما إذا كان الشخص سفياً من عدمه أمر متروك في النهاية للقضاء . وكل ما يتوجب على القاضي هنا هو أن يعتد بالمقومات التي يجب توافرها في السفه والتي بينهاها . وتسير محكمة النقض على إخضاع تقدير قاضي الموضوع لقيام السفه من عدمه لرقابتها <sup>(٣)</sup> . بخلاف ما تسير عليه في شأن الجنون

(١) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن « السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والمقل . ولما كان تصرف الطاعن في كل ما يملك لزوجه ولأولاده الصغار ، سواء أكان هذا التصرف يعرض أو يغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والمقل ، بل هو تصرف تماشياً بالرغبة في تأمين مستقبل الزوجه والصغار الذين يرعاهم ، وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال في مقسدة ، بل أن فيه حفظ المال لمن رأى الطاعن أنه أحق أهله به . إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته كلا أو بعضاً لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول إليهم ، كما أن مثل هذا التصرف لا يثنى المقل ... » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/٢/٢ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بانتفاء السفه عن امرأة عجوز صاه بكها ، حالة كونها أرملة لم تنجب ، برغم أنها تبرعت بالجزء الأغلب من أموالها لواحد من أبناء شقيقها إضراراً بباقي إخوته ، مدفوعة في ذلك بالوفاء له . تكون قد توفرت رعايتها بين أهله بعد ترحلها . وقد بنى الحكم قضاءه على قوله إن أفعال المرأة تكشف عن أوضاع جازية ومتعارفة قوامها التراسم والتضامن الاجتماعي وما يخفى عليه التشريع الإسلامي . وبالتالي فهي لا تنطوي على خفة من جانبها ، وليس فيها ما يثير عن إنفاقها المال وإتلافه على غير ما يقتضيه المقل والشرع .

(٣) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ ونقض ١٩٦٦/٢/٢ السابقة الإشارة إليهما . وقد قضى كثر من هذين الحكمين بنقض الحكم المطعون فيه والقاضي بالحجر للسفه ، تأسيساً على عدم توافر مقتضاه في وقائع الدعوى .



والعته<sup>(١)</sup> . ولعل السبب في التفرقة هنا بين الجنون والعته من ناحية ، والسفه من ناحية أخرى ؛ لعل هذا السبب يكمن في أن الجنون والعته يقومان على خلل في العقل . ويتمثلان بالتالي أمراً من أمور الواقع . في حين أن السفه يقوم على مخالفة التصرفات التي يجربها صاحبه للعقل والشرع في نظر الحكماء من الناس . فتحديده بهذه المثابة أقرب إلى أن يكون مسألة قانون ، لأنه أقرب إلى أن يكون مسألة تكييف .

أما ذو الغفلة . فهو من كان طيب القلب إلى حد السذاجة . بحيث تجره طبيعته وبلاذته إلى أن يقعن في المعاملات . أو الغفلة . كما عرفت في محكمة النقض . « هي ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير . ويترتب على قيامها بالشخص أن يقعن في معاملاته مع الغير »<sup>(٢)</sup> . فذو الغفلة كامل العقل . فالعلة ليست في عقله . وإنما في سذاجته وفرط الطيبة في قلبه . الأمر الذي يجره إلى عدم تمكنه من حسن تدبيره أمره ، مما يؤدي به إلى أن يقبضه غيره في معاملاته معهم . والغفلة تشترك مع السفه في أن كلا منهما يقوم على ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس على نحو يبعد بين الشخص وبين حسن التدبير<sup>(٣)</sup> . ولكنهما يختلفان في أن السفه يؤدي بصاحبه إلى تبذير ماله والإسراف في إنفاقه . في حين أن الغفلة تؤدي بصاحبها إلى عدم سلامة التقدير فيقعن في معاملاته<sup>(٤)</sup> .<sup>(٥)</sup>

(١) راجع ما سبق ، نبرة ١٣٤ .

(٢) انظر : نقض ٢٠ يونيو ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض ص ٨ ص ٦٩٩ رقم ٦٩ .

(٣) انظر : نقض ١٥ مايو ١٩٥٨ ، مجموعة النقض ص ٩ ص ٥٠١ رقم ٦٠ .

وقد جاء في هذا الحكم : « السفه والغفلة بوجه عام يشتركان في معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس . إلا أن الصفة المميزة للسفه هي أنها تترى الإنسان فتصله على تبذير المال على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما الغفلة ، فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير ... » .

(٤) انظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة النقض ص ٦ ص ٢٨٦ رقم ٤٩ . وقد

جاء في هذا الحكم : « لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة . فقال بعضهم إنه الشخص الذي لا يعتد إلى التصرفات الراجعة لسلامة قلبه فيصرفاته . ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه . على أنه من المتفق عليه أنها من المواضع التي تترى الإنسان فلا تخل بالمقل من الناحية الطبيعية ، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أعصها الإدارة وحسن =

والسفيه وذو الغفلة يخضعان في الأساس لحكم واحد . وهما لا يعتبران معدومى الأهلية . كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ، ولكنهما يعتبران ناقصيهما فحسب . وهما يأخذان حكم الصبي المميز . وفي ذلك تقضى المادة ٤٦ بأنه : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة . يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

بيد أن السفيه وذا الغفلة لا يعتبران ناقصي الأهلية . إلا بعد الحجر عليهما . فهما ليسا محجوراً عليهما لذاتهما . وإنما يحجر عليهما بحكم القاضي <sup>(١)</sup> . فالهكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) توقع عليهما الحجر . كما توقعه على المجنون والمعتوه . والأصل أنهما لا يعتبران ناقصي الأهلية . إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجيله . مع ملاحظة أن تسجيل طلب الحجر يأخذ حكم القرار الصادر به . إذا قدر لهذا الطلب أن تستجيب الهكمة له .

وهكذا فلمعرفة مدى أهلية السفيه أو ذى الغفلة وحكم التصرفات التي يجريانها ، لابد أن نفرق بين مرحلتين : المرحلة السابقة على الحجر . والمرحلة اللاحقة له .

**١٣٩ — حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل الحجر عليهما : القاعدة**  
أن السفيه وذا الغفلة . قبل الحجر عليهما . يعتبران كاملي الأهلية . وعلى ذلك . فالأصل أن جميع تصرفاتهما تقع في هذه المرحلة صحيحة . ولا يمكن

---

« التقدير . وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يمتد إلى الرابع فيها أو يقولوه قاشش الفتن في تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يمدد المأل بخطر الضياع . والهكمة في توقيع الحجر بسببها هي المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح حالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كصالح الدائنين » .

(٥) وقد نظرت اللجنة إلى التفقة على اعتبار أنها نوع من السفه . فقد جاء في المادة ٩٤٦ مـ ب : « وأنذين يغلون في أغلهم وعطائهم ، ولم يعرفوا طريق تجارتهم ، بسبب بلائهم وغلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء » .

(١) وفي هذا يتفق حكم قانوننا المصري مع ما يقضى به الفقه الإسلامى ، الذى يقول بدوره إن السفيه وذا الغفلة لا يحجر عليهما إلا بقضاء القاضي ، بخلاف المجنون والمعتوه اللذين يعتبران محجورين عيلاً لذاتهما في السائد عند فقهاء المسلمين .

إبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة . فالسفيه وذو الغفلة يعتبران كامل العقل . كما قدمنا .

على أنه إذا كانت القاعدة هي أن السفيه أو ذا الغفلة يعتبر كامل الأهلية إلى أن يحجر عليه ، وأن تصرفاته تقع بالتالي صحيحة إلى هذا الوقت . إلا أنه يرد على تلك القاعدة الاستثناءان الآتيان :

١ - التصرفات التي تنجىء نتيجة استغلال حالة السفه أو الغفلة : ويقصد بالاستغلال هنا أن يعلم المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة بحالته . فيعمد إلى أن يفتن الفرصة . وأن يفيد مما يتسم به غريمه من سوء تدبيره أمره : لتبذيره وإسرافه . أو لبلأته وفرط الطيبة في قلبه ، ويصل من وراء ذلك إلى مزايا مفرطة لاتتعادل مع مايقدمه هو أو يتحمل به من التزامات . فلا يكفي هنا . للقول بحصول الاستغلال . أن يكون المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة عالماً بحالته . وإنما يلزم أن يعتمد إلى أن يصل من وراء قيام تلك الحالة على مزايا مفرطة لاتتعادل مع التزاماته <sup>(١)</sup> . وليس يوجد بالضرورة معيار محدد لمعرفة ما إذا كان ثمة تعادل في الالتزامات من عدمه ولا لتحديد قدر التفاوت بين ما يأخذه السفيه أو ذو الغفلة وما يعطيه . فالأمر متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية ومن غير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما بنى قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله <sup>(٢)</sup> .

٢ - التصرفات التي تنجىء نتيجة التواطؤ بين السفيه أو ذي الغفلة وبين من يتعاقد معه : وصورة التواطؤ هنا أن يُتوقع الحجز . فيعمد السفيه

---

(١) انظر في هذا الإنجاء من أحكام النقض : نقض ١٩٦٢/٢/١٥ . مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٢٦٨ - نقض ١٩٦٤/٢/١ طعن ٢٩/٢٠٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٧٠٦ رقم ١١٢ - نقض ١٩٦٨/١/١١٤ طعن ٣٤/٤٤٦ ق مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٣٤٥ رقم ٢٠٤ - نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ طعن ٣٠/٤٤٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٥١٨ رقم ١٢٩ - نقض ١٩٦٩/١/٢٨ طعن ٣٥/٦١ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٨٢ رقم ٣٠ - نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ طعن ٣٥/٣٩٦ ق مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٩٢٠ رقم ١٤٧ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ السابقة الإشارة إليه .

أو ذو الغفلة . بالتدبير والاتفاق مع الطرف الآخر ، إلى المبادرة إلى إجراء التصرف استباقاً للزمن وتفويتاً لأثر الحجر المرتقب <sup>(١)</sup> .

هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على القاعدة التي تقضى بصحة التصرفات الصادرة من السفه أو ذى الغفلة قبل الحجر عليه . ومؤدى هذين الاستثناءين أن التصرفات التي تجب نتيجة الاستغلال <sup>(٢)</sup> أو التواطؤ - وأحد هذين الأمرين يكنى فلا يلزم اجتماعهما معاً <sup>(٣)</sup> - لا تكون صحيحة . وإنما القانون يعطيا نفس الحكم الذي كان ليثبت لما لو أنها حصلت بعد الحجر . فنكون بانالة أو قابلة للإبطال . على حسب ما إذا كانت ضارة بالسفيه أو ذى الغفلة ضرراً محضاً : أو دائرة بين النفع والضرر <sup>(٤)</sup> . وقد تضمن القانون القاعدة التي تقضى بصحة تصرفات السفه و ذى الغفلة قبل الحجر عليهما والاستثناءين اللذين يردان عليهما في المادة ١١٥ / ٢ . وفي ذلك هي تقضى بأنه : . أما التصرف الصادر ( من السفه أو ذى الغفلة ) قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ .

١٤٠ - حكم تصرفات السفه و ذى الغفلة بعد الحجر عليهما : بعد الحجر على السفه أو ذى الغفلة وتسجيل قرار الحجر <sup>(٥)</sup> . يصبح كل منهما

(١) انظر في تحديد المقصود بالتواطؤ مع السفه أو ذى الغفلة نوعاً للحجر الأحكام التي ندرنا إليها في خصوص استغلال حالة السفه أو الغفلة في هامش ١ ص ٣٨٣ .

(٢) ويلاحظ أن الاستغلال يجب عدم يلحق رضاه الشخص . وهو يكون في الحالة التي يستغل فيها شخص طبعياً بيتاً أو هوى جاهلاً لدى شخص آخر ( المادة ١٢٩ ) : عل أنه يجب التفرقة بين الاستغلال المادى ، واستغلال حالة السفه أو الغفلة ، فالحكم في الحالتين ليس واحداً . فالصرف الذي يحى نتيجة الاستغلال المادى ، يقع قابلاً للإبطال أو لإنقاص التزامات الشخص الذي استغل فيه الطيش أو الهوى . عل وفق ما يراه القاضى ( المادة ١٢٩ ) . أما التصرف الذي يحى نتيجة استغلال السفه أو الغفلة ، فيأخذ حكم تصرفات السفه أو ذى الغفلة بعد الحجر عليه ، وهذا ما يجعله باطلاً أو قابلاً عل حسب الأحوال .

(٣) انظر : نقض ١٩٦٩/١/٢٨ طعن ٣٥/٦١ مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٨٢ رقم ٣٠ .

(٤) انظر : نقض ١٩٥٧/٤/١١ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٤٠٤ رقم ٤١ .

(٥) وإذا كان طلب توقيع الحجر قد سجل ، ثم صدر قرار الحجر بعد ذلك ، اعتبر السفه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية من وقت تسجيل الطلب ، وليس نقض من وقت تسجيل قرار توقيع الحجر .

ناقص الأهلية . ويأخذ حكم الصبي المميز . وفي ذلك تقضى المادة ١١٥ / ١ بأنه : « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر . سرى على هذا التصرف مايسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » .

وإذا أخذ السفه أو ذو الغفلة . بعد تسجيل قرار الحجر عليه . حكم الصبي المميز . فإن مقتضى ذلك أن تثبت له أهلية الاغتناء كاملة . أما أهلية الافتقار أو أهلية إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فالأصل أنها معلومة لدى السفه وذى الغفلة . كما هى معلومة عند الصبي المميز . فإن أجرى السفه أو ذو الغفلة أحد هذه التصرفات . كأن وهب ماله لآخر أو أبرأ مدينه من دين له عليه . وقع هذا التصرف باطلا . على أنه يستثنى من الأعمال الضارة ضرراً محضاً . الوصية والوقف . فيصح للسفه أو لذى الغفلة إجراؤهما . بشرط إذن المحكمة في ذلك <sup>(١)</sup> . وقد تضمنت المادة ١١٦ / ١ هذا الاستثناء بقولها : « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو لغفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً . متى أذنته المحكمة في ذلك » .

أما أهلية التصرف بعوض . فلا تثبت للسفه أو لذى الغفلة إلا ناقصة . بمعنى أنه إذا أجرى تصرفاً بعوض . كأن باع أو اشترى . وقع تصرفه قابلاً للإبطال .

تتبع بعد ذلك أهلية الإدارة . وهى كأهلية التصرف بعوض . لا تثبت للسفه أو لذى الغفلة إلا ناقصة . بمعنى أنه إذا أجرى تصرفاً مما يدخل فى أعمال الإدارة . كأن أجر ماله ، وقع تصرفه قابلاً للإبطال . على أنه يصح للمحكمة أن تأذن السفه فى تسلم أمواله وإدارتها . كلها أو بعضها . وفى هذه الحالة ، يصح له أن يجرى أعمال الإدارة فى الحدود المرسومة للصبي البالغ

---

(١) ويلاحظ هنا الفرق بين السفه أو ذى الغفلة وبين الصبي المميز ؛ فهذا الأخير لا يجوز له أن يجرى من الأعمال الضارة به ضرراً محضاً إلا الوصية دون الوقف ، وبشرط إذن المحكمة ، وأن يكون قد بلغ الثامنة عشرة من عمره . راجع ما سبق ، نبذة ١٢٧ .

الثامنة عشرة المأذون في الإدارة (راجع ١١٦ / ٢ مدني والمادة ٦٧ من قانون الولاية على المال) .

ويستمر السفه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية في الخلود التي رسمناها .  
إلى أن تقضى المحكمة برفع الحجر عنه .

#### ١٤١ - الولاية على مال المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة :

رأينا أنه إذا اعتري الإنسان جنون أو عته أو غفلة أو سفه . أوقعت المحكمة الحجر عليه . وأنه يترتب على قرار الحجر وتسجيله أن يصبح المجنون والمعتوه عديمي الأهلية . والسفيه وذو الغفلة ناقصيها .

وإذا كان الأمر هكذا . وجب أن ينصب على المحجور عليه شخص يشرف على شئونه الماليه . ويتولى عنه إجراء التصرفات التي لا يستطيع هو إجراؤها بنفسه . وهذا الشخص هو القيم .

والقيم تعينه المحكمة ( دائرة الأحوال الشخصية ) ، بناء على طلب أى ذى شأن أو النيابة العامة .

وعلى المحكمة أن تعهد بالقوامة لابن المحجور عليه ، إذا كان بالغاً وتوافرت فيه شروط القوامة ؛ فإن لم يكن له ابن توافرت فيه شروط القوامة ، عهدت بها إلى أبيه . ثم إلى جده ؛ فإذا لم يكن له ابن ولا أب ولا جد توافرت فيه شروط القوامة . عهدت بها المحكمة إلى من تختاره هي (١) .  
وفي ذلك تقضى المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال بأنه : « تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة » .

---

(١) ونسبر محكمة النقض على أن الترتيب الذي يفرضه القانون في تعيين القيم ، والذي يبينه في المتن ، لا يعدو أن يكون « قيداً على المحكمة في الاختيار وقت التصيين » . فإذا لم تراعه المحكمة وصار حكمها انتهاياً ، ما ساء عزل القيم لهذا السبب وحده . إذ أن الزل لا يكون إلا إذا توافرت أسبابه المحددة في المادة ٤٩ من قانون الولاية على المال ، وليس من بينها عدم مراعاة ترتيب القوامة . انظر : نقض ٨ يونيو ١٩٨٢ ملن ١٤ / ٥١ ق ، أحوال شخصية ، المحاماة سن ٦٢ ج ٧ و ٨ ص ٢٩ رقم ٤٠ .

ويشترط في الشخص ، لكي يعين قيما . أن تتوافر فيه الشروط اللازمة في الوصي <sup>(١)</sup> ، والتي تضمنتها المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال <sup>(٢)</sup> .

وللقيم أيا من كان ، أى حتى ولو كان ابناً أو أباً أو جداً للمحجور عليه . نفس السلطة التي تثبت للوصي على أموال القاصر . ويسأل مسؤوليته ( المادة ٧٨ ولاية المال ) .

ويجوز للمحكمة أن تعين مع القيم مشرفاً يراقبه و إدارة شئون المحجور عليه . وللمشرف على القيم نفس سلطة المشرف على الوصي ( المادة ٨٠ ولاية المال ) .

١٤٢ - ( ج ) العوارض التي تصعب على الإنسان التعبير عن إرادته أو العاهات الجسدية :

عرفنا أن الإنسان . بعد بلوغه رشده ، قد تلحقه عوارض تصيب عقله أو تدبيره ، فيعتبره القانون معلوم الأهلية أو ناقصها ، الأمر الذي يترتب عليه عدم أهليته في إجراء التصرفات المالية . كلها أو بعضها على حسب الأحوال . وهنا ينصب على الإنسان قيم يتولى . نيابة عنه . إجراء التصرفات التي لا يستطيع قانوناً أن يقوم بها بنفسه .

وقد تعترض الإنسان عاهات تلحق جسمه . فلا تمس عقله . ولا تصيب تدبيره ، ولذلك يبقى كامل الإدراك سليم التدبير . ولكنه يتعذر عليه بسبب عاهاته أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً . أو يخشى عليه بسببها من عدم

---

(١) انظر في الشروط اللازمة في الشخص لكي يعين وصياً ، ما سبق ذكره هذا العدد

نبة ١٣١ .

(٢) على أنه إذا كان الشخص الذي يراد تعيينه قيماً ابناً أو أباً أو جداً للمحجور عليه ، ساع للمحكمة ، إذا رأت في ذلك مصلحة ، أن تطلع جانياً الشرط القاضي بوجوب ألا يكون الشخص محكوماً عليه في جريمة من الجرائم المحقة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة . وكذلك الشرط القاضي بوجوب ألا يكون الشخص قد حكم بإفلاسه إلى أن يرد له اعتباره ( انظر المادة ٦٩ ولاية المال ) .

تبين ظروف التصرف الذى يجريه . ولهذا يقرر القانون لمثل هذا الشخص نظام المساعدة القضائية . ومقتضى هذا النظام أن يعين القضاء للشخص الذى نحن بصدد مساعدته يعاونته فى إجراء التصرف وفى تفهم ظروفه ، ويكون بمثابة المترجم له وعنه .

ولكى تقرر المساعدة القضائية للإنسان . يجب أن يتوافر فيه الشرطان الآتيان :

١ - يجب أن يجمع بين عاهتين على الأقل من ثلاث . وهى الصمم والبكم والعمى . كأن يكون الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم . وواضح أن اجتماع عاهتين من العاهات الثلاث السابقة من شأنه . فى أغلب الأحوال . أن يعجز الشخص عن تفهم ظروف التصرف الذى يجريه ، وعن التعبير عن إرادته بشأنه .

وإذا كانت القاعدة هى أن المحكمة لا تعين المساعد القضائى للشخص إلا إذا اجتمعت فيه عاهتان على الأقل من العاهات الثلاث السابقة . إلا أنه يجوز لها مع ذلك أن تعين له المساعد القضائى . ولو لم تكن به أية عاهة منها ، إذا رأت فيه عجزاً جسدياً شديداً يخشى بسببه عليه من انفراده مباشرة التصرف فى ماله . أياً ما كانت طبيعة هذا العجز . وقد استحدث قانون الولاية على المال الصادر فى ٣٠ يولية سنة ١٩٥٢ العجز الجسماني الشديد . كسبب لإخضاع صاحبه لنظام المساعدة القضائية ، بعد أن كان القانون المدنى وقانون المحاكم الحسبية من قبله . يستلزمان لذلك توافر عاهتين من العاهات الثلاث التى بينهاها .

٢ - ولايكفى اجتماع العاهتين أو العجز الجسماني الشديد لإخضاع الشخص لنظام المساعدة القضائية : بل يلزم أن يكون من شأن هذا أو ذاك أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته . فإذا اجتمعت العاهات بشخص أو أثقله العجز الجسماني الشديد . ولكنه بقى مع ذلك قادراً على تفهم ظروف التصرف الذى يجريه والتعبير عما يريد به بشأنه . ما حق إخضاعه لنظام المساعدة القضائية .



وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن العاهات الجسدية أن يتعذر على صاحبها التعبير عن إرادته من عدمه . وذلك دون معقب عليه من محكمة النقض .

وقد تضمنت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال شروط تعيين المساعد القضائى ، وهى فى ذلك تقول : « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ (وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة ) - ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » (١) .

ويلاحظ أن ولاية المساعد القضائى تختلف فى مداها عن ولاية الولى أو الوصى أو القيم . فالقاعدة . بالنسبة إلى هؤلاء الثلاثة الأخيرين . أن ولايتهم تقع عامة بالنسبة إلى كل تصرفات ناقص الأهلية أو عديمها . أما المساعد القضائى . فولايته مقصورة على التصرفات التى تقرر المحكمة لزومه معاومته لدى العاهتين فى إبرامها . فإذا صدر قرار المحكمة بمساعدة ذى العاهتين فى إجراء تصرف أو تصرفات معينة ، اقتضت ولاية المساعد القضائى عليها . وبقي ذو العاهتين كامل الأهلية بالنسبة إلى غيرها . وقد حددت

---

(١) أول القوانين التى عرضت فى مصر لنظام المساعدة القضائية هو قانون المحاكم الحسبية الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٤٧ ، وذلك فى المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ منه (وقد ألغيت هذه المواد بقانون الولاية على المال ) . ثم جاء القانون المدنى الجديد وتعرض لهذا النظام ، وقد نقي من قانون المحاكم الحسبية الحكم الذى فسته المادة ١١٧ بفقرتها . وأتمت الفقرة الأولى من هذه المادة تعرض لشروط تعيين المساعد القضائى ، وهى فى ذلك تقول : « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته . جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك . » ويلاحظ أن هذا النص يخالف بعض الشيء ما جاءت به المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال ، وهو يحتظر معدلاً فى الحدود التى يخالفها فيه . أما نص الفقرة الثانية من المادة ١١٧ مدنى ، التى يبين حكم التصرفات التى يجزىها من عين له المساعد القضائى ، فهو سليم .

المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال التصرفات التي يجوز للمحكمة إخضاعها لنظام المساعدة القضائية بتلك التي لا يجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة . وأهمها التصرف في المال : متقولا كان أم عقاراً . وإيجار العقار لمدة تزيد على ثلاث سنوات .

وتختلف ولاية المساعد القضائي كذلك في طبيعتها عن ولاية كل من الولى والوصى والقيم . فكل من هؤلاء الثلاثة الأخيرين يعتبر نائباً عن ناقص الأهلية : يباشر عنه تصرفاته في الحدود التي يرسمها القانون . دون حاجة إلى تدخل ما من ناقص الأهلية . فلإرادة الولى أو الوصى أو القيم هي التي يعتد بها في إبرام تصرفات ناقص الأهلية . دون إرادة هذا الأخير . أما المساعد القضائي . فلا يعتبر : بحسب الأصل . نائباً عن ذى العاهتين في مباشرة التصرف . فهذا الأخير كامل الإدراك . وإرادته هي التي يعتد بها في إبرام تصرفاته . فهو من ثم ليس في حاجة إلى شخص يرتضى التصرف مكانه ونياية عنه . كل ما هنالك هو أنه في حاجة إلى من يساعده في إظهار إرادته وفي تفهم ظروف التعاقد الذي يجريه : فيجىء دور المساعد القضائي . لكي يعاونه في إظهارها . ويكون بمثابة المترجم له وعنه (١) . ولذلك فالأصل أن المساعد القضائي . لا ينفرد بإجراء التصرف عن ذى العاهتين . ولكنه يشترك معه في إجراءاته فحسب ( المادة ٧١ / ١ ) .

وإذا اشترك المساعد القضائي مع ذى العاهتين في إجراء تصرف معين من التصرفات التي تلزم المساعدة فيها . اختلف دور كل منهما . فلو العاهتين هو الذى يريد . ولا يعتد إلا بإرادته . أما المساعد القضائي . فدوره مقصور على أن يساعد ذا العاهتين في تفهم ظروف التصرف وفي التعبير عن إرادته بشأنه . وإذا انفرد المساعد القضائي بإجراء التصرف . ما سرى تصرفه في حق ذى العاهتين . وذلك ما لم تكن المحكمة قد أمرت بهذا الانفراد . وفق ما تقتضيه المادة ٧١ من قانون الولاية على المال .

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المحاكم الخيرية . فيما جاء فيها تعليقاً على حكم المادتين

واشتراك المساعد القضائي في إجراء التصرف الخاضع للمساعدة لازم  
نصحته . وإذا امتنع عن الاشتراك في إجراء تصرف معين من التصرفات  
التي تلزم فيها المساعدة ، جاز رفع الأمر للمحكمة . فإن رأت المحكمة أن  
الامتناع في غير محله ، أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد في إبرام التصرف .  
أو عينت شخصاً آخر للمساعدة في إبرامه . وفقاً للتوجيهات التي تبينها في  
قرارها ( المادة ٧١ / ٢ ولاية المال ) .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن اشتراك المساعد القضائي لا يفي عن  
تدخل ذي العاهتين في إبرام التصرف . إلا أن المشرع لاحظ أنه من الممكن  
أن تعرض حالات لا تسمح فيها حالة هذا الأخير بأن يبرم التصرف حتى  
بمعاونة المساعد القضائي . ويكون من شأن عدم إجراء هذا التصرف أن  
يعرض مصالحه للخطر . وفي هذه الحالات . يقول المشرع المساعد القضائي  
رفع الأمر للمحكمة . ولهذا المحكمة أن تأمر . بعد التحقيق . بانفراد المساعد  
القضائي بإجراء التصرف ( المادة ٧١ / ٣ ولاية المال ) . وفي هذه الحالة  
وحدها . يكون للمساعد القضائي صفة النائب . بمعناها الحقيقي . عن  
ذوي العاهتين .

يظهر مما سبق أنه إذا تعين لذوي العاهتين مساعد قضائي . وجب أن  
يشترك الإثنان معاً في إجراء التصرفات التي تلزم فيها المساعدة . أما بالنسبة  
إلى التصرفات التي لا يشملها قرار المساعدة . فتبقى لذوي العاهتين الأهلية  
كاملة في إجرائها وحده .

ولكن ما الحكم إذا أجرى ذوي العاهتين . دون اشتراك المساعد القضائي  
تصرفاً من تلك التي تلزم فيها المساعدة ؟

لمعرفة هذا الحكم . تلزم التفرقة بين التصرفات السابقة على تسجيل قرار  
تعيين المساعد القضائي ، وبين تلك اللاحقة له .

فالتصرفات التي يبرمها ذوي العاهتين . قبل تسجيل قرار تعيين المساعد

القضائي . تقع صحيحة ، في حدود القواعد القانونية العامة <sup>(١)</sup> . ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التي يبرم فيها التصرف بعد رفع طلب المساعدة القضائية إلى المحكمة وتسجيله ، والحالة التي يكون فيها المتعاقد مع ذى العاهتين سعى النية ، أى يعلم عند إبرام التصرف بسبق طلب المساعدة القضائية من المحكمة .

والسبب في صحة التصرفات التي تبرم قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية هو أن ذا العاهتين كامل الإدراك ، ولا يعتبر ناقص الأهلية إلا بعد أن يخكم بالمساعدة القضائية ويسجل القرار القاضي بذلك .

أما التصرفات التي يبرمها ذو العاهتين دون اشتراك مساعده بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية : فتقع قابلة للإبطال لصالحه وحده ، دون المتعاقد معه . وقد تضمنت المادة ١١٧ / ٢ مدنى هذا الحكم بقولها : « ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التي تقرر المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقرر مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد : إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » <sup>(٢)</sup> .

(١) فإذا ثبت ، مثلا ، أن ذا العاهتين قد وقع في غلط ، جاز له أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط ، على نحو ما تقتضيه القواعد القانونية العامة . على أنه يلاحظ هنا الفرق الهام بين حكم التصرف الذى يجرىه ذو العاهتين قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية . وبين حكم التصرف الذى يجرىه بعد ذلك . ففي الحالة الأولى ، لا يخكم القاضي بالإبطال ، إلا إذا ثبت ذو العاهتين أنه وقع في غلط تتوافر فيه الشروط القانونية . أما في الحالة الثانية . فيحكم القاضي بالإبطال ، إذا طلبه منه ذو العاهتين ، لغير أن المساعد القضائي لم يشترك معه في إبرامه ، دون أن يكلف بإثبات أى أمر آخر .

(٢) وقد نقل القانون المدنى هذا النص عن نص المادة ٤٨ من قانون المحاكم الحسبية الملغى . وقد أسست المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأخير حكم البطلان النسبى الذى يلحق بالتصرفات التى يجرىها ذو العاهتين بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية دون معاونة مساعده ، على وقوعه في غلط ، على اعتبار أن القانون يقيم هنا قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسى على قيام هذا الغلط . وهذا التعليل ، في رأينا ، غير صائب . إذ أنه لو كان الأمر كما قالت المذكرة الإيضاحية ، لوجب أن يكون الطرف الآخر قد وقع بدوره في غلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتيحه ( المادة ١٢٠ مدنى ) . وذلك في حين أن البطلان النسبى ( وبصيغة أدق التبايلة للإبطال ) في حالتها ينشأ عن التصرف في كل الظروف ، دون حاجة إلى إثبات أى أمر مما سبق =

ويستمر حكم تصرفات ذى العاهتين على نحو ماقدمنا . إلى أن تقضى المحكمة برفع المساعدة عنه .

### ١٤٣ - المحكوم عليه بعقوبة الجنائية :

بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات ، يحّد من أهلية الأداء لدى الشخص الذى يحكم عليه بعقوبة الجنائية . فترفع عنه إدارة أهواله . ويعهد بها إلى قيم يختاره هو وتصدق عليه المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها موطنه ، أو تعينه هذه المحكمة فى غرفة مشورتها . إذا لم يختّر المحكوم عليه أحدًا لتولى القوامة عليه . وذلك بناء على طلب النيابة العمومية أو أى ذى شأن . أما التصرف فى المال . فلا يعهد به إلى القيم . ولكن يظل يتولاه المحكوم عليه ، بشرط أن تأذن المحكمة المدنية به ، فإن لم يأت منها هذا الإذن . وقع التصرف باطلا . ويتساوى مع إجراء التصرف فى المال تمهّد المحكوم عليه بأى التزام .

والحد من الأهلية لا يلحق هنا إلا المحكوم عليه بعقوبة الجنائية ، وهى السجن والأشغال الشاقة المؤبدة والإعدام . أما المحكوم عليه بالحبس . وهو عقوبة المخالفة والجنحة ، فلا يحّد من أهليته .

ولا يلحق الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجنائية إلا بعد اعتقاله وطوال مدة هذا الاعتقال . فهو لا يلحقه قبل الاعتقال . ولا بعد الإفراج .

ويلاحظ أن الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجنائية لا يجيئ نتيجة خلل يصيب منه العقل أو التدبير أو يصعب عليه التعبير ، فهو خال من كل ذلك . ولكنه يجيئ كعقوبة تبعية لعقوبة الجنائية ، وهى مراعاة للصالح العام . حتى لا يكون فى مباشرة المحكوم عليه التصرف فى ماله مايساعده على الفرار

---

« والمحققة أن التبايلة للإبطال تؤسرها على نقص أهلية ذى العاهتين ؛ ذلك النقص الذى يفترض القانون وجوده بمجرد صدور قرار المساعدة القضائية ، وإن استلزم لسريان أثره فى حق الغير . تسجيله . والظاهر أن قانوننا المدنى يأخذ بهذا التعليل ؛ لأنه أورد حكم ذى العاهتين بين أحكام الأهلية دون أحكام القلع .

من السجن أو عاقلة ماتقضى به قواعده . ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المحكوم عليه في ماله بغير إذن المحللة المدنية : أو قام بتأجيله . وقع تصرفه باطلا وليس قابلا للإبطال .

#### ١٤٤ - استعمال الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص الأهلية :

عرفنا أن تصرفات ناقص الأهلية ( وهو الصبي المميز . والسفيه وذو الغفلة بعد الخجر عليهما . وذو العاهتين بعد إخضاعه لنظام المساعدة القضائية ) تقع في مجموعها قابلة للإبطال لصالحه . وينحى لناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته . أو ينحى نوابه قبل ذلك . أن يطلب إبطال التصرف .

وثمة حقيقة أولى واضحة جلية : وهي أنه لا يغير شيئا من أحكام الأهلية على نحو مايقضى به القانون أن يدعى القاصر أو غيره من ناقصي الأهلية وعديميها توافر الأهلية لديه . إذا كانت هي في الحقيقة غير ذلك <sup>(١)</sup> . فأحكام الأهلية من النظام العام في الصميم . فلا يغير منها إدعاء ما . أو حتى اتفاق يقع بمخالفتها .

ولكن الأمر قد لا يقتصر على مجرد أن يدعى القاصر اكتمال الأهلية لديه . حالة كونها في الحقيقة غير ذلك ، وإنما قد يلجأ إلى طرق احتيالية من شأنها أن توهم بصحة ادعائه . كما إذا أبرز شهادة ميلاد مزورة . أو صنع في نفسه مايجعله أكثر سنا مما هو عليه ، أو قدم مطبوعات عليها اسمه مقترنا برقمه لتسجيل التجارى باعتباره عضواً في شركة <sup>(٢)</sup> . فما عساه أن يكون الحكم في مثل هذه الحالة ؟

تصدت المادة ١١٩ لحكم مثل هذه الحالة قائلة : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد . وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض . إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » .

(١) و (٢) انظر : نقض ٣ مارس ١٩٧٠ ضمن ٣٦/٢٩ ، مجموعة النقض ص ٢١

فإخفاء النقص في الأهلية لا يمنع القاصر ومن في حكمه من التمسك بإبطال التصرف الذي يجزى به . إعمالاً لأحكام الأهلية ذاتها . ذلك لأن مثل هذا العمل لا يجعل من ناقص الأهلية كاملها .

ولكن إذا حق لناقص الأهلية أن يتمسك بالإبطال . برغم التجائه إلى الطرق الاحتمالية لإخفاء نقص الأهلية عنده ، إلا أن هذا الفعل يعتبر منه عملاً خاطئاً غير مشروع . ولذلك فهو يتحمل بالالتزام بتعويض المتعاقد معه عن الضرر الذي يسببه له الإبطال . والمادة ١١٩ تصرح بقيام هذا الالتزام . وهي إذ تقرر ذلك . لا تفعل أكثر من تقرير تطبيق تشريعي للمسئولية التقصيرية . اعتباراً بأن ناقص الأهلية . بالتجائه إلى الحيلة والخداع لإخفاء نقص أهليته . يرتكب عملاً خاطئاً غير مشروع ، فإن سبب بذلك ضرراً لمن تعاقد معه . التزم بتعويضه عنه .

فالطرق الاحتمالية التي يلجأ إليها ناقص الأهلية لإخفاء نقص أهليته لا تحرمه . وفق ماقتضى به أحكام الأهلية ذاتها من حق طلب إبطال التصرف . ولكن من شأنها تحمله بالالتزام بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذي يسببه له الإبطال . ولا يوجد ثمة ما يمنع القاضي من أن يرى أن خير سبيل لتعويض المتعاقد مع ناقص الأهلية هو قيام التصرف المطلوب لإبطاله <sup>(١)</sup> . وهكذا قد يحرم ناقص الأهلية في النهاية من طلب الإبطال . ولكن هذا الحرمان لا ينبغي نتيجة اعتباره كامل الأهلية . ولكن على أساس التعويض الذي يلتزم به للطرف الآخر . إعمالاً للمسئولية التقصيرية . وهكذا يتمثل حكم المادة ١١٩ تطبيقاً تشريعياً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد . التي سوف نعرض لها فيما بعد عند تناول نظرية البطلان <sup>(٢)</sup> .

(١) انظر نفس ٣ مارس ١٩٧٠ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن مفاد المادة ١١٩ مدني « أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتمالية لإخفاء نقص أهليته ، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولاً عن التعويض للفشل الذي حذر منه عملاً بقواعد المسئولية التقصيرية ، ولا يكفي في هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها ، بل يجب أن يستبين بطرق احتمالية لتأكيد كمال أهليته ... » .

(٢) انظر ما سبقه ، نبذة ٢٥١ .

## المطلب الثاني

### عيوب الرضاء

١٤٥ - يقصد بعيوب الرضاء *vices de consentement* أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد منه الرضاء ، دون أن تهجز عليه <sup>(١)</sup> .  
فرضاء المتعاقدين هنا موجود . كل ما في الأمر أن إرادته لا تنجيء سليمة .  
إما لأنها أتت على غير بينة من حقيقة الأمر ، أو لأنها أتت عن غير كامل حرية واختيار .

والعيوب التقليدية التي تشوب الرضاء: على نحو ما عرفه الفكر القانوني منذ أمد طويل ، هي الغلط والتدليس والإكراه . ووجد إلى جانبها الغبن .  
الذي ، وإن لم يكن . في حقيقته وبمجرد ذاته ، عيباً يشوب الرضاء .  
إلا أنه اعترف له . في بعض الأحيان ، وفي حالات خاصة تحددها النصوص .  
بتأثير على العقد . اعتباراً بأنه يخل بإخلالاً كبيراً بمبدأ المساواة بين طرفيه .

---

(١) وفكرة عيوب الرضاء ، تظهر في القانون الروماني إلا في وقت متأخر نسبياً . حيناً بدأ ظهور مبدأ الرضائية في العقود . ففي الوقت الذي كانت تسود فيه الشكلية في إبرام العقود .  
لم يكن لعدم سلامة الرضاء أي اعتبار . بل لم يكن للإرادة في ذات وجودها أهمية . فطالما احترمت  
الطقوس والأشكال الواجبة ، فالمقد منقذ وصحيح ، حتى لو كانت إرادة أحد المتعاقدين أو  
كليهما فاسدة ، بل حتى لو كانت غير موجودة أصلاً . وبالتدريج ، وبفعل البريتير ، أخذ  
الإكراه والتدليس ثم من بعد الغلط تشق طريقهما إلى القانون . بيد أن ظهور هذه العيوب ،  
يأت بهدف حماية الإرادة في ذاتها ، وإلما بتأثير من اعتبارات الأخلاق والعدالة . فالإكراه  
والتدليس ، باعتبارهما متنافيين مع مقتضيات الخلق الجميل وحسن سير العدالة ، باتا يعتبران  
من قبيل الجرائم المحظورة قانوناً ، الأمر الذي كان يؤدي إلى عدم إعطاء العقد قوته الملزمة ،  
لا على اعتبار فساد الإرادة ، وإلما كجزء يوقع على المتعاقدين لجأ إليهما بالضغط والقسر  
على غريمه أو الحيلة والخداع . وهكذا نشأ الإكراه والتدليس في القانون الروماني ، لا على أساس  
أنهما عيبان يشوبان الإرادة ، ولكن على أساس أنهما عيبان يشوبان العقد ذاته . أما الغلط ، فلم  
يحفل في ظل القانون الروماني إلا مكاناً ضيقاً ، بسبب أنه لا يأتي نتيجة أفعال مؤثرة من التصات  
الأخرى . راجع فيما سبق :



ومنذ عهد ليس بجد بعيد ، وبتأثير من القوانين ذات التزعة الجرمانية . أخذ عيب رابع من عيوب الرضاء يشق طريقه ويثبت أقدامه ويرسخ وجوده في دنيا القانون . وينفذ إلى تقنيات الكثير من البلاد المختلفة . ومن بينها مصرنا . وهذا العيب هو الاستغلال <sup>(١)</sup> .

وقد أخذ قانوننا المصري بفكرة عيوب الرضاء . باعتبارها عيوباً ترد على الإرادة فتفسدها دون أن تجهز عليها . وأخذ بها في رابعها ( الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال ) . ملحقاً بها الغبن . وتناول أحكامها في المواد ( من ١٢٠ إلى ١٣٠ ) .

وسوف نبدأ بالغلط . ثم نتبعه بالتدليس . ثم بالإكراه . لننتهي من عيوب الرضاء بالاستغلال . وبعد ذلك نتناول الغبن . وإن كان بذاته وبمجردة لايعتبر في الحقيقة من عيوب الرضاء .

### أولاً : الغلط

١٤٦ - الغلط *erreur* ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . وهم كاذب يتولد في ذهن الشخص ، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته . بأن يرى فيه شيئاً غير موجود في الحقيقة . أو يتوهم خلوه من صفة . حالة كونها تلزمه . ومثاله أن يشتري شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص . فإذا به يجدها من المعدن المطلي بقشرة من الذهب . وأن يشتري الشخص تحفة . اعتقاداً منه بأنها أثرية . ثم يفاجأ بأنها مجرد تقليد . وأن يستأجر شخص شقة لسكناء . مدفوعاً باعتقاده بأن لها واجهة على الشارع . ثم يتضح له خطأ اعتقاده .

وسوف نتناول . في دراستنا للغلط . النظرية التقليدية في الغلط : لنعقب بالنظرية الحديثة . لنصل بعد ذلك إلى دراسة أحكام الغلط في القانون المصري . وننتهي بدراسة فكرة الغلط في الفقه الإسلامي .

---

(٢) ومن القانون المصري عرف نظام الاستغلال طريقته إلى تقنيات دول عربية أخرى كثيرة ، كالقانون السوري ( المادة ١٣٠ و ١٣١ ) . والقانون الليبي ( المادة ١٢٩ و ١٣٠ ) . والقانون العراقي ( المادة ١٢٥ ) ، والقانون الملغى الكويتي ( المواد ١٥٩ إلى ١٦١ ) .

### ١٤٧ - النظرية التقليدية في الغلط :

هناك نظرية قديمة في الغلط ، يحسن بنا البدار بعرضها ، لكي نستطيع بعد ذلك أن نضهم أحكام قانوننا بصده . إذ أن هذه الأحكام جاءت في أساسها متأثرة بالنقد الذي وجه إلى تلك النظرية .

وقد قال بهذه النظرية ، في أصل نشأتها ، الرومان . وظل الفقهاء الذين جاءوا بعدهم يقلدوهم فيها ، وإن تعهدوها بالصقل والتهديب ، ردحا طويلا من الزمن . ومن هنا أضى عليها اسم « النظرية التقليدية في الغلط » .

ومؤدى هذه النظرية تقسيم الغلط إلى أنواع أساسية . هي الآتية :

أولا : غلط يعلم الرضاء أصلا ، ويقف بالتالى عقبة في سبيل قيام العقد ، أو هو يؤدى بعبارة أخرى ، إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً . وهذا هو الغلط المانع أو الغلط العقبة *erreur obstacle* .

ويشمل هذا النوع من الغلط :

( أ ) الغلط الذى ينصب على طبيعة العقد المراد إبرامه *error in negotio* . كما إذا أعطى شخص لآخر مبلغاً من المال على سبيل القرض ، فنسلمه هذا الآخر معتقداً أنه هبة له .

( ب ) الغلط الذى ينصب على ذاتية الشيء محل الالتزام *error in corpore* . كما إذا كان لشخص مترلان . أحدهما فى القاهرة وثانيهما فى الاسكندرية . وأراد أن يبيع أولهما . ولكن المتعاقد الآخر ظن أنه يريد بيع الثانى . فارتضى الشراء على هذا الأساس .

( ج ) الغلط الذى ينصب على سبب الالتزام . كما إذا اعتقد الورثة أن مورثهم قد أوصى لآخر بمبلغ من النقود . فتعهدوا له بدفعه . ثم اتضح أن هذه الوصية باطلة ، أو أن الموصى كان قد رجع فيها قبل موته .

ثانياً : غلط يؤثر فى الرضاء . فيعييه دون أن يعده . وهو بالتالى لا يحول دون قيام العقد ، ولكنه يجعله قابلاً للإبطال فحسب ، وبعبارة

أخرى تقليدية : يجعله باطلاً بطلاناً نسبياً . ويوجد هذا النوع من الغلط في الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا انصب الغلط على المادة التي يتكون منها *substance même* *de la chose* أو على صفة جوهرية فيه . فقد قصد بهذا النوع من الغلط في الأصل ذلك الذي يقع على ذات العناصر التي تتكون منها مادة الشيء . *error in substantia* ، كما إذا اشترى شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص ، في حين أنها من المعدن المطلي بالذهب . ثم أدى التطور إلى اتساع هذا المدلول . فأصبح يشمل الغلط في صفة جوهرية من الصفات المتعلقة بالشيء *qualité substantielle* . كما إذا اشترى شخص تحفة على أنها أثرية حالة كونها مجرد تقليد <sup>(١)</sup> .

(ب) إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد ذاتها . أو على صفة من صفاتها . وكان هذه أو تلك محل اعتبار أساسي في التعاقد . ومثال الغلط في ذات الشخصية أن يهب شخص آخر مالا ، اعتقاداً منه بأنه ابن صديق عزيز عليه قد مات . ثم يتضح له أنه ليس كذلك . أو أن توكل ، للدفاع عنك في قضية ، شخصاً معيناً ، اعتقاداً منك بأنه المحامي الكبير المشهور ، ثم يتضح لك أنه مجرد سمي له . ومثال الغلط في صفة من صفات الشخصية : أن يعهد شخص إلى آخر بتشيد دار يزعم بناءها ، معتقداً أنه مهندس كبير مشهور . ثم ثبت له بعد ذلك أنه ليس على نحو ما اعتقد .

ثالثاً : غلط يقع فيه المتعاقد ، ولكنه لا يؤثر في رضائه ، وبالتالي لا يصيب العقد لا بالبطلان المطلق ولا بالبطلان النسبي ، بل يبقى صحيحاً . ويشمل هذا النوع من الغلط في الحالات الآتية :

(أ) الغلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد ، كذلك الذي ينصب ، مثلاً ، على صنف ورق الكتاب الذي تشر به لتقرأه .

---

(١) انظر في هذا المعنى : Mazeaud ، دروس القانون المدني ج ٢ - الزامات لبنة ١٦٣ .

(ب) الغلط في شخصية المتعاقد ، أو في صفة فيها . إن لم تكن هذه أو تلك محل اعتبار أساسى في التعاقد . كما إذا باع التاجر سلعته بالثمن الذى حدده في الأصل لشخص يعتقد أنه قريبه . ثم اتضح أنه مجرد شبيه له .

(ج) الغلط في القيمة . كما إذا اعتقد الشخص أن منزله يساوى خمسين ألف جنيهاً . فباعه بهذا المبلغ ، ثم اتضح له أنه يساوى مائة ألف .

(د) الغلط في الباعث . كما إذا اشترى شخص حصاناً ، معتقداً خطأ أن حصانه القديم قد نفق موثقاً .

هذه هى النظرية التقليدية في الغلط . وقد تبنتها مجموعة نابليون في أصبى صورها (١) ، كما أنها تركت بصماتها على نحو أو آخر في قوانين بلاد أخرى كثيرة (٢) .

وقد وجه الفقه المعاصر لهذه النظرية سهاماً من النقد جارحة . وقد أصابها تلك السهام في ناحيتين أساسيتين . هما الآتيان :

(الأولى) فكرة الغلط المانع التى تقول بها النظرية التقليدية فكرة معيبة . ثم إنها مجردة عن الفائدة .

أما أنها معيبة . فذلك لأن المقصود بالغلط في التعاقد هو أن يقوم الرضاء بالعقد ، كل ما هنالك أن هذا الرضاء يجرى وليد الوهم والاعتقاد الخاطىء . في حين أنه في الحالات التى تقول فيها النظرية التقليدية بقيام الغلط المانع . لا يوجد رضاء أصلاً ، أو فى الأقل ، لا يوجد رضاء يعتد به القانون . ففى حالة الغلط فى طبيعة العقد ، كما إذا أعطى شخص آخر مبلغاً من النقود على

---

(١) فقد جاءت المادة ١١١٠ من ملةونة نابليون تقضى بما ترجمته : « الغلط لا يفسد سبباً لبطان الاتفاق إلا إذا وقع على ذات مادة لشيء الذى تكون موضوعه . وهو ليس سبباً لبطلان إذا يقع إلا على الشخص الذى يقصد المرء التصاقد معه ، وذلك ما لم يكن اعتبار هذا الشخص هو اسبب الرئيسى للاتفاق » .

(٢) ومن هذه القوانين : القانون الألمانى ( المادة ١١٩ ) ، وملةونة اللزومات السويسرية ( المادة ٢٣ ) ، والقانون اللبنانى ( المادة ٢٠٣ و ٢٠٤ ) .

سبيل القرض ، فقلسمه هذا الآخر معتقد أنه هبة له . لا يقوم الرضاء أصلاً . حيث إن الإرادتين لم تتوافقا على شيء ما . وكذلك الشأن في الغلط الذى ينصب على ذاتية الشيء محل العقد . أما في حالة الغلط في السبب ، كما إذا تعهد الورثة بأن يدفعوا لشخص معين مبلغاً من النقود . استناداً إلى وصية اعتقدوا أن مورثهم قد تركها له ، ثم اتضح لم يطلان هذه الوصية أو رجوع الموصى عنها قبل موته ، في هذه الحالة ، ولو أن الرضاء قد قام فعلاً ، إلا أن القانون لا يعتد به أصلاً . لعدم استناده إلى سبب .

هكذا يبين أن فكرة الغلط المانع غير دقيقة . وزيادة على عدم دقتها ، فلا فائدة منها . فهي ، في منطقي النظرية التقليدية ، تؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ، كما بينا . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة على أساس آخر . وهو انتفاء الرضاء أو انتفاء السبب ، على حسب الأحوال .

( الثانية ) والعيب الأساسي الثاني الذى وجه إلى النظرية التقليدية يتعلق بالمعيار الذى اتخذته أساساً لتبين ما إذا كان الغلط يقع مؤثراً فيهدد العقد بالإبطال . أو يقع غير مؤثر فلا يصيب العقد بأذى . فقد أقامت هذا المعيار على إجراء تفرقة مادية حسائية بين حالات الغلط ، واجدة في بعضها أن الغلط يقع مؤثراً ( وهى حالة الغلط في مادة الشيء أو في صفة جوهرية فيه . والغلط في شخصية المتعاقد أو في صفة فيها ، إذا كانت محل اعتبار في التعاقد ) ، وفي بعضها الآخر أنه لا يقع كذلك . فأساس معيار التفرقة بين الغلط المؤثر والغلط غير المؤثر ، وفقاً للنظرية التقليدية : يكمن في الأمر الذى ينصب الغلط عليه . وليس في أثر هذا الغلط في ذاته على رضاء المتعاقد بالعقد .

ولاشك أن الفكرة التى دعت أنصار النظرية التقليدية إلى القول بهذا المعيار فيها شيء كبير من الصحة . ففي أكثر الأحيان ، يكون الغلط هو الدافع إلى التعاقد ، كلما انصب على مادة الشيء محل الالتزام أو على صفة جوهرية فيه : أو انصب على شخصية المتعاقد أو على صفة فيها طالما كانت محل اعتبار أساسى في التعاقد ، ولا يكون كذلك في الأحوال الأخرى . ولكن الكثرة لا تعنى الشمول والاطلاق . فهناك حالات أخرى غير ماسقة .

يكون الغلط فيها هو الدافع إلى التعاقد . بحيث إن المتعاقد ما كان يرتضى العقد . لو لم يقع فيه . ولنضرب لذلك مثلاً بالغلط في القيمة . الذي جعلته النظرية التقليدية غير مؤثر دائماً . فلو أن شخصاً باع سنداً من سندات أحد البنوك بقيمته في السوق . معتقداً أنه لم يكسب جائزة من تلك الجوائز التي يمنحها البنك بالقرعة لحملة سندات ، ثم اتضح أنه كسب جائزة قدرها ألف جنيه . أمكن أن يثور هنا شك في أن الغلط الذي وقع فيه البائع قد بلغ من الجسامه حداً . بحيث إنه لو تبين وجه الحقيقة . ما كان يرتضى البيع . أو في الأقل . ما كان يرتضيه بالسعر الذي باع على أساسه ؟ بل إذا لو دققنا النظر في ذات الحالات التي ترى النظرية التقليدية الغلط مؤثراً فيها . لوجدنا أنها وإن كانت تصدق في الكثير الغالب . إلا أنها قد تكذب في بعض الأحيان . فقد يقع الغلط في نفس مادة الشيء . ومع ذلك لا يعتبر هو الدافع إلى التعاقد ومثال ذلك أن يشتري أحد هواة العاديات نخعة أثرية خلفها فراعنة مصر . معتقداً أنها من المرمز . في حين أنها من الجرانيت . أو حتى من الحجر العادي . لاجدال في أن الغلط هنا يقع في العادة غير مؤثر . إذ أن التحفة الأثرية تستمد قيمتها . في تقدير غواة العاديات . من كونها أثرية . ولاهم كثيراً بعد ذلك المادة التي صنعت منها .

ثم إذا كانت النظرية التقليدية قد استوتحت . في إجراءاتها التفرقة بين الحالات التي رأت فيها الغلط مؤثراً وتلك التي رأتها فيها غير مؤثر . مدى جسامه الغلط وأثره على رضاه المتعاقد من حيث إنه هو الذي دفعه إلى إبرام العقد من عدمه ؛ إذا كان الأمر كذلك ، أفليس من الأفضل أن نتخذ من هذه الفكرة الأخيرة ذاتها معياراً للغلط المؤثر وغير المؤثر ، دون أن نقيدها بخالات محددة سلفاً ؛ وأن يترك الأمر من بعد للقاضي ، يفصل في الأمر بحسب ظروف كل حالة !

إن أفدح عيب وقعت فيه النظرية التقليدية . والذي أدى بها إلى فساد المعيار الذي قالت به بصدد التفرقة بين ما يكون من الغلط مؤثراً فيجعل العقد من ثم قابلاً للإبطال . وبين ما يكون منه غير مؤثر فلا يصيب

العقد بأذى ؛ ان هذا العيب الأفدح للنظرية التقليدية يكن فى أنها بنت معيارها ذلك على أساس مادى حساسى . فى حين أن الغلط ، اعتباراً بأنه أمر نفسى . ينبغى أن يراعى ، فى تحديد ما إذا كان مؤثراً أو غير مؤثر ، معيار شخصى ؛ يتعلق بالمعاهد ذاته وأثر الغلط عليه من حيث إنه هو الذى جره ، أو لم يجره . إلى صدور رضائه . من هنا وجب أن يكون المعوّل عليه . ليس هو ذات الأمر الذى انصب الغلط عليه ، وإنما هو الأثر الذى ترتب على الغلط بالنسبة إلى صدور الرضاء بالعقد . وبهذه المثابة لزم أن تتغير النظرة إلى الغلط المؤثر . فبدلاً من تطلب أن ينصب على أمر جوهرى . نَحْم أن يكون هو ذاته الجوهري ، على أن يكون المقصود من جوهريته أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد ، بحيث إنه ما كان ليتعاقد لو لم يقع فيه .

هذان هما النقدان الأساسيان للذان وجها إلى النظرية التقليدية فى الغلط وأصاهاها فى الصميم . وعلى ضوءهما قامت النظرية الحديثة .

#### ١٤٨ - النظرية الحديثة فى الغلط :

مؤدى النظرية الحديثة فى الغلط أنها تهمل فكرة الغلط المانع ، ولا تقيم لها وزناً . أما بالنسبة إلى الأحوال الأخرى من الغلط : فهى تفرق ، بصدد تحديد ما إذا كان الغلط يقع مؤثراً فيجعل العقد قابلاً للإبطال ، أو يقع غير مؤثر فلا يمس صحة العقد . بين الغلط الجوهري أو الدافع وغير الجوهري أو غير الدافع .

فالغلط الجوهري *erreur substantielle* أو الدافع ، هو ذلك الذى يدفع المتعاقد إلى الرضاء بالعقد . بحيث إنه لولا وقوعه فيه . لما كان يرتضيه . والغلط غير الجوهري أو غير الدافع هو الذى يقع فيه المتعاقد دون أن يكون قد دفعه إلى التعاقد ، بمعنى أنه كان ليرضى العقد بنفس الشروط حتى لو لم يقع فى الغلط . وسيان بعد ذلك ، أن ينصب الغلط على ناحية أو على أخرى من نواحي التعاقد . فإذا ثبت أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، بحيث إن الشخص ما كان ليرضى العقد لو أنه لم يقع فيه . كان مؤثراً وجعل العقد قابلاً للإبطال ، ليس فقط فى الحالات التى ينصب فيها

على مادة الشيء ، أو على صفة جوهرية فيه . أو على شخصية المتعاقد . بل في أية حال أخرى . كما إذا انصب على القيمة <sup>(١)</sup> ، أو على الباعث . أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد . بالمعنى الذى حددناه ، وقع غير مؤثر ، وما عاب الرضاء . وما كان له بالتالى مساس بالعقد ، أياً ما كان الأمر الذى تناوله ، حتى لو انصب . مثلاً . على مادة الشيء .

هكذا انطلقت نظرية الغلط من عقلمها ، بعد أن تكسر الإطار الجامد التى ظلت حبيسة فيه . ردهاً طويلاً من الزمن ، أخذاً بمنطق النظرية التقليدية . وأصبح مناط تأثير العقد . أو التصرف القانونى عامة . بالغلط هو أن يكون الغلط فى ذاته جوهرياً *erreur substantielle* ، بمعنى أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . بعد أن كان مناطه . فى ظل النظرية التقليدية هو أن ينصب الغلط على صفة جوهرية *qualité substantielle* .

#### ١٤٩ - أحكام الغلط فى القانون المدنى المصرى :

تمشى القانون المدنى المصرى . مع النظرية الحديثة فى الغلط ، فأهمل كلية الغلط المانع . الذى من شأنه أن يؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً . واقتصر على الغلط الذى يعيب الرضاء ويؤدى إلى قابلية العقد للإبطال . ولم يعمد . فى هذا المجال الأخير ، إلى أن يحدد سلفاً ، وبطريقة مادية حسابية :

---

(١) وقد تأثرت أحكام بعض المحاكم المصرية بالنظرية الحديثة فى الغلط ، حتى فى ظل القانون المدنى المصرى القديم ، فقضت ببطلان العقد تأسيساً على الغلط فى القيمة . ومن تلك الأحكام : استئناف مخطوط ١٩/٥/١٩١٧ ب ٢٩ ص ٤٢٦ . وتتركز وقائع القضية التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصاً اتفق مع صاحب سفينة على نقل بضاعة على ظهرها ، تاركاً له اختيار أن يكون سمر النقل على أساس الوزن أو الحجم ، غير عالم بأن الأساس الثانى ثمانية أضعاف الأول . ولما اختار أمين النقل الأساس الثانى ، طعن الناقل فى العقد بالإبطال تأسيساً على وقوعه فى غش فى القيمة وأنه ما كان ليرضى العقد على نحو ما ارتضاء عليه لو أنه لم يقع فيه . وأجابته المحكمة إلى الإبطال . انظر أيضاً : استئناف مخطوط ٢٥/٣/١٩٢٢ ب ٣٦ ص ٣٩١ - استئناف مخطوط ٤/٤/١٩٣٤ ب ٤٦ ص ٢٢٤ . أما المحاكم الفرنسية ، فلا زالت متأثرة بالنظرية التقليدية فى الغلط ، الأمر الذى يجعلها ترفض إبطال العقد للغلط فى القيمة . انظر نفس فرنسى مدنى ١/٢٥/١٩٦٥ ، دلويز ١٩٦٥ ص ٢١٧ .



الحالات التي يقع فيها الغلط مؤثراً وتلك التي يقع فيها غير مؤثر . واكتفى بوضع معيار ذاتي مرن ، قوامه جسامة الغلط وأثره على المتعاقد . فإن بلغ الغلط من الجسامة حداً بحيث كان المتعاقد يمتنع معه عن إبرام العقد . لو أنه لم يقع فيه : اعتبر الغلط جوهرياً وعاب الرضاء . وإلا فلا .

بيد أن القانون المصري ، وإن اتخذ فكرة الغلط الجوهرى . وبعبارة أخرى فكرة الغلط الدافع إلى التعاقد . أساساً لتحديد ما إذا كان الغلط مؤثراً أو غير مؤثر . إلا أنه لم يقرر له الجزاء في كل حالة يعتبر كذلك . وإنما استلزم شرطاً آخر ، اقتضاه حرصه على استقرار المعاملات . وهو وجوب أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر . ومؤدى هذا الشرط الأخير عدم إعمال فكرة الغلط . وبقاء العقد بالتالى سليماً وبمناى عن دعوى الإبطال . حتى لو كان الغلط في ذاته جوهرياً . وذلك كلما كان المتعاقد الآخر بعيداً عن الغلط . لم يتصل به بسبب أو بآخر . هكذا جاءت المادة ١٢٠ تقضى بأنه : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد . إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط . أو كان على علم به : أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

#### ١٥٠ - شروط إعمال الغلط :

يبين مما سبق أن يلزم . لكي ينتج الغلط أثره القانوني . في ظل القانون المدنى المصرى . توافر شرطين أساسيين . هما الآتيان : (١) أن يكون الغلط جوهرياً ، بمعنى أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد . (٢) أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر . وتتناول كلا من هذين الشرطين بشئ من التفصيل . وذلك فيما يلى :

١٥١ - الشرط الأول : يلزم أن يكون الغلط جوهرياً . بمعنى أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى أن يرتضى العقد : ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي بالضرورة إلى وقوع العقد الذى يبرمه قابلاً للإبطال . بل يلزم لذلك أن يكون هذا الغلط جوهرياً . بأن يكون هو الذى دفع المتعاقد الغلط

إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء ، أو كما تقول المادة ١٢١ / ١ « يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط » .

وواضح أن معيار الغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد هو معيار ذاتى أو شخصى يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه . وليس معياراً مادياً <sup>(١)</sup> . فتنحى نقضى أثر الغلط على إرادة المتعاقد ذاتها . فإذا كان هو الذى دفعها إلى التعاقد ، بحيث إنه لولاه لم ارتضته . كان الغلط جوهرياً . وإلا فلا <sup>(٢)</sup> .

(١) راجع السنورى ، الوسيط ١ ، نبذة ١٦٨ .

(٢) يلاحظ أن منطق نظام الغلط ذاته ، اعتباراً بأنه ينبغي أن يحى رضاء المتعاقد على بينة من أمر ما يرتفعه ، يقتضى منا ، في صدد تحديد ما إذا كان الغلط جوهرياً أم لا ، أن نأخذ بالمعيار الداق . فنبحث في مدى تأثير الغلط على المصادق الذى وقع فيه بالذات ، لتبين ما إذا كان هو الذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، بحيث إنه ما كان ليرضى العقد لو لم يقع فيه ، أم أنه كان ليعاقد بنفس الشروط حتى ولو لم يكن قد وقع فيه . وقد أدى هذا المنطق بالشرع المصرى فى المادة ١٢١ / ١ من القانون المدف ، إلى أن يصرح بوجوب تحديد ما إذا كان الغلط جوهرياً أم غير جوهري على أساس معيار شخصى ذاتى يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه . ويسير القضاء الفرنسى هو أيضاً على نفس النهج ، فيأخذ بدوره بمعيار ذاتى قوامه نفس المتعاقد الغالط L'errans في تحديد الصفة الجوهرية التى ينسب الغلط عليها .

وبرغم كل ما سبق ، لتحديد جوهرية الغلط على أساس معيار ذاتى يكاد يكون أمراً نظرياً أكثر منه واقعياً ، كما لاحظ بحق الإخوة Mazeaud ( راجع مؤلفهم ، دروس القانون المدف ج ٣ الالتزامات نبذة ١٧١ ) . فمن الغالب من الأمر لا يوجد في ظروف التعاقد وملاساته ما يقطع بأن الغلط الذى وقع فيه المتعاقد هو الذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما أجراه . فإذا جاء المتعاقد ، في مثل هذه الحالة ، وادعى أن الغلط الذى وقع فيه جوهري ، فإن ادعاه هذا يمثل أمراً نفسياً ، فكيف للقاضى أن يتحقق منه ! وهكذا لا يبق لإثبات مثل هذا الإدعاء إلا قرائن الأحوال . والقاضى في سبيل تكوين اقتناعه بصدق إدعاء الغالط أو عدم صدقه ، يرى نفسه ، ربما من غير أن يشعر ، يتساءل عما كان يفعله الرجل العادى في مثل ظروف المتعاقد الغالط . هل كان يمتنع عن إبرامه العقد لو لم يقع فيه ، أم أنه كان يبرمه حتى في هذه الحالة . وهكذا يجد القاضى نفسه ، من حيث الواقع الفعل ، مسيراً إلى تحديد جوهرية الغلط أو عدم جوهريته على أساس موضوعى مجرد in abstracto .

وقد أثر هذا الاعتبار الواقعى في المشرع المصرى . فبعد أن بدأ يصرح ، في غير غرض ، بقياس جوهرية الغلط على أساس معيار ذاتى يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه ، جاء بعد ذلك ، في صد التمثيل للغلط الجوهرى ، يقول بأنه يقوم في الحالة التى ينسب فيها الغلط على صفة في =

وإذا كان الأمر كذلك . فإن أثر الغلط على الرضاء يختلف بالضرورة باختلاف الأحوال . وينهض أمراً من أمور الواقع ، يقول فيه قاضي الموضوع القول الفصل . طاماً جاء قوله هذا سائفاً<sup>(١)</sup> .

وقد نيزد المشرع فكرة النظرية التقليدية التي تقوم على تحديد الغلط المؤثر بحالات محددة سلفاً ، أساسها أمور معينة ينصب الغلط عليها . فالعبرة عنده ليست بالأمر الذي ينصب الغلط عليه . وإنما بأثر هذا الغلط على الإرادة . فإن بلغ تأثير الغلط على الإرادة إلى حد أن جعلها ترتضى العقد ، وما كانت لترتضيه بدونه . اعتبر جوهرياً . ونهياً لأن يشوب العقد بالقابلية للإبطال . دون اعتبار بعد ذلك بالأمر الذي انصب عليه .

بيد أن قانوننا ، وإن لم يلجأ إلى التحديد المادى للحالات التي يقع فيها الغلط جوهرياً وبالتالى مؤثراً . فقد عمد إلى التمثيل لهذه الحالات . وقد مثل هذا بنفس الحالتين اللتين كانت النظرية التقليدية تحصر الغلط المؤثر فيهما دون غيرهما . وفى هذا الصدد . جاءت المادة ٢١ / ٢ تقضى بأنه : « يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص : (أ) إذا وقع فى صفة للشئ تكون جوهرياً فى اعتبار المتعاقدين . أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته . وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسى فى التعاقد » .

وهكذا يقرر قانوننا ، على سبيل التخصيص والتمثيل . وليس على سبيل التحديد والحصر ، أن الغلط يقع جوهرياً فى الحالتين الآتيتين :

« الشئ محل التعاقد تكون جوهرياً فى اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغى فى التعامل من حسن النية » . فالنص لا يكتفى ، لاعتبار الغلط جوهرياً . أن ينصب على صفة تكون جوهرياً فى اعتبار المتعاقدين . وإنما يتطلب أن تكون جوهرياً فى اعتبار المتعاقدين كليهما . بل إنه لم يكتف بذلك . حيث اعتبر الغلط جوهرياً ، حتى فى الحالة التي ينصب فيها على صفة فى الشئ يجب اعتبارها جوهرياً مراعاة لظروف الملازمة للعقد ولما ينبغى من مراعاة حسن النية فى إجرائه . وفى هذا خلط واضح بين المعيارين الذاتى والموضوعى . (١) انظر : نقض ١٩٧٣/٣/١٣ ، طعن ٣٨/٣٩ نق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ من ٢٩٦ رقم ٧٠ - نقض ١٩٤٥/٥/٦ ، قضية ٢٢١/٢٢١ نق مجموعة النقض س ٥ ص ٨٤٠ رقم ١٢٥ . وانظر أيضاً تمييز الكويت تجارى ١٩٧٧/٢/٢١ ، طعن رقم ١٩٧٦/٢٣ تجارى .

(أ) الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد : فإذا انصب الغلط على صفة ما في الشيء . وكانت هذه الصفة أساسية لدى المتعاقدين أو أحدهما ، بمعنى أن الاعتقاد بوجودها هو الذي أدى بهما أو بأحدهما إلى ارتضاء التعاقد ، إذا انصب الغلط على صفة أساسية بهذا المعنى ، اعتبر جوهريا .

وإذا كان من العسير عملا . في كثير من الأحيان . أن يقيم المتعاقد الدليل على أن صفة ما كانت جوهرية لديه عند التعاقد . حيث إن هذا أمر نفسى . فإن المشرع يعتبر تلك الصفة كذلك . إذا اقتضتها الظروف الملازمة للعقد وما ينبغي في التعامل من حسن النية . فمن يشتري . مثلا . تحفة من أحد تجار العاديات بثمن كبير لا يناسب البتة مع سعر التحفة المماثلة إن كانت جديدة ، يعتبر . إلى أن يقوم الدليل على العكس . أنه اعتد هذه الصفة كآمر أساسي في التعاقد ، لأن ظروف التعاقد وما ينبغي فيه من حسن النية تقتضى هذا الاعتبار .

(ب) الغلط الواقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته : إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد ، أو على صفة من صفاته . وكانت هذه أو تلك هي السبب الرئيسى في التعاقد ، اعتبر جوهريا . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذه الحالة عند عرض النظرية التقليدية . ونجترىء بالإحالة على ما قلناه في هذا المصدد .

هاتان هما الحالتان اللتان خصتهما المادة ٢/٢١ بالذكر . ونكرر أنهما واردتان فيها على سبيل التخصيص والتمثيل ، وليس على سبيل التحديد والتعيين والحصر . ويترتب على ذلك أنه في أية حالة أخرى يظهر أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد . بحيث إنه لولاه لما ارتضى الشخص العقد الذى أجراه . فإن هذا الغلط يعتبر جوهريا ، ويكون من شأنه . إذا توافر فيه الشرط الآخر الذى سنبينه بعد قليل ، أن يجعل العقد قابلا للإبطال . فقد يعتبر الغلط جوهريا . مثلا ، إذا وقع في القيمة أو في الباعث أو في أى أمر آخر غيرهما .

وإذ أورد قانوننا الحالتين السابقتين كتالين للغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد . فقد كان حرياً به ألا يفعل . وأن يكتفى بالمعيار المنطلق المرن الذى ضمنه الفقرة الأولى من المادة ١٢١ . ولعل فى إيراده هذين التالين ماينبىء بأنه . وإن أراد أن يقبى النظرية الحديثة للغلط . إلا أن إيمانه بها وكفره بالنظرية التقليدية لم يكونا كاملين .

ويلاحظ أن مشرعنا المصرى . وإن أراد أن ينبذ منطق النظرية التقليدية القائم على تحديد نطاق الغلط المؤثر الذى من شأنه أن يدفع العقد بالقابلية للإبطال بحالات محددة سلفاً . مكثفياً فى ذلك بمعيار مرن . هو معيار الغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد . إذا كان مشرعنا أراد ذلك . وعمد إلى أن يرسى فكرة الغلط المؤثر على أساس متغاير من الناحية الفنية النظرية مع النظرية السابقة ، إلا أنه لا يتخالف معها فى الحقيقة ومن حيث الفعل والواقع ، إلا فى القليل .

ذلك لأن الحالتين الأساسيتين اللتين توردهما النظرية التقليدية للغلط المؤثر - وهما حالة الغلط فى صفة جوهرية الشيء محل العقد ، وحالة الغلط فى شخصية المتعاقد أو فى صفة فيها إن كانت محل اعتبار أساسى عند التعاقد - تنهضان أيضاً وبطبيعة الأمور ذاتها حالتين للغلط المؤثر . فى ظل النظرية الحديثة للغلط بوجه عام . وفى منطق القانون المدنى المصرى الذى تبناها بوجه خاص . فإدام الغلط قد انصب على صفة جوهرية فى اعتبار المتعاقد الغالط . فإن هذا الغلط بالضرورة هو الذى دفعه إلى ارتضاء العقد . وكذلك الشأن لو انصب الغلط على شخصية المتعاقد أو على صفة فيها . إذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار أساسى لدى المتعاقد عند التعاقد .

يبقى بعد ذلك بين النظرية التقليدية للغلط من ناحية ، وبين النظرية الحديثة التى تبناها المشرع المصرى من ناحية أخرى . أمران هما اللذان يشحصر فيهما الخلاف . وهذان الأمران هما الآتيان :

( الأول ) الغلط فى مادة الشيء محل العقد : فوفقاً للنظرية التقليدية يقع

هذا الغلط مؤثراً دائماً . أما في ظل النظرية الحديثة . فليس حتماً أن يقع هذا الغلط مؤثراً ، وإن كان هو كذلك في الأعم الأغلب من الحالات في العمل . فالمتعاقداً ، في العادة : يولى بالغ الاهتمام للمادة التي يتكون منها الشيء الذي يتعاقد عليه . كما إذا كان يشتره ، مثلاً . ومن هنا يغلب أن يكون غلظه في هذه المادة من قبيل الغلط الدافع أو الجوهرى ، أى ذاك الذى يؤدي به إلى ارتضاء العقد على نحو مايرتضيه عليه . بحيث إنه لولا وقوعه فيه ما كان ليرتضيه . ولكن الغلبة لاتعنى الشدول . ومن المتصور أن ينصب غلط المتعاقد على مادة الشيء . من غير أن يكون هذا الغلط دافعاً أو جوهرياً ، وعلى الأخص في العقود التي لا ترد على ملكية المعقود عليه كالإيجار . بل حتى في تلك التي ترد على الملكية . كما إذا اشترى شخص تحفة على أنها أثرية . معتقداً أنها مصنوعة من مادة معينة . ثم ثبت أنها . وإن كانت أثرية . إلا أنها من مادة أخرى لاتقلل من أهميتها كأثر .

( الثانى ) الغلط في أمر آخر غير مادة الشيء والصفة الجوهرية فيه وشخصية المتعاقد أو الصفة فيها إذا كانت عمل اعتبار أساسى في التعاقد : فالنظرية التقليدية خارج هذه الأمور . تجعل الغلط غير مؤثر دائماً . ومن هذا المنطلق . كان الغلط في القيمة والغلط في الباعث غير مؤثرين تحت ظلها . أما في منطوق النظرية الحديثة : وفي ظل القانون المدنى المصرى الذى تبناها . فإنه يمكن للغلط أن يكون مؤثراً ، حتى لو انصب على القيمة (١)

(١) راجع من فقهاؤنا المصريين الذين يرون أن الغلط في القيمة يمكن له أن يكون مؤثراً ومؤدياً بالتأثر إلى وقوعه العقد قابلاً للإبطال : السهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ١٧٢ - حشمت أبو سبيت ، نظرية الالتزام نبذة ١٦٣ - أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام نبذة ١٢٠ - جمال زكى . الوجيز في النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٧٢ . ويلاحظ أن القضاء المصرى ، حتى في ظل قانوننا القديم ، كان يجعل في بعض أحكامه للغلط في القيمة تأثيراً على العقد . وذلك بخلاف المستتر عليه إلى الآن في القضاء الفرنسى . ففي قضية تتلخص وقائعها في أن تاجراً اتفق مع صاحب سفينة على نقل بضاعته عليها بأجرة تتحدد أما على أساس سعر الخبث أو سعر الوزن وفق ما يختاره صاحب السفينة ، واختار هذا الأخير الأساس الأول الذى كان يزيد عن الثانى ثمانية أضعاف على جهل من صاحب البضاعة : في هذه القضية حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بإبطال عقد النقل ( استئناف مخطط ١٦/٥/١٩١٧ ب س ٢٩ ص ٤٢٦ ) . وفي قضية أخرى =

أو الباعث<sup>(١)</sup> أو أى أمر آخر غيرهما ، طالما يثبت أن هذا الغلط كان فى ذاته جوهرى ، بمعنى أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه ما كان ليرتضيه أصلا . أو ما كان ليرتضيه بنفس الشروط التى ارتضاه عليها .

مخلص من كل ما سبق أنه . وفقاً للقانون المدنى المصرى . يقع الغلط مؤثراً ، ويكون من شأنه - إذا توافر فيه الشرط الثانى الذى سوف نبينه حالا - أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . إذا كان هو الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه ما كان ليرتضيه على نحو ما ارتضاه عليه لو أنه لم يقع فيه ، وسواء بعد ذلك أن ينصب الغلط على أمر أو على آخر من أمور التعاقد ، وحتى لو انصب على القيمة أو الباعث .

والأمثلة على الغلط الجوهري كثيرة . وأغلبها ، فى اقع حياة الناس ، ينصب على صفة تعتبر أساسية فى نظر المتعاقد . وقد سبق لنا أن أوردنا بعض هذه الأمثلة ، عند عرض النظرية التقليدية فى الغلط . ونعود الآن لنسوق بعض أمثلة أخرى مستقاة من أحكام القضاء . فقد قضى بأن الغلط يعتبر واقعاً فى صفة جوهرية ، وموجباً بالتالى إبطال العقد ، إذا انصب على كون السيارة المشتراة جديدة لم تستعمل من قبل إلا على سبيل التجربة . حالة كونها قديمة وقد سبق أن استعملت كثيراً ، بل إنه قد سبق أن ردها مشتر آخر لهذا السبب عينه<sup>(٢)</sup> . وقضى كذلك بأن الغلط يعتبر جوهرى إذا

---

= تلخص وقائنها فى أن المدين كان ملزماً بوفاء الدين بالعملة المصرية؛ فدفع إلى نائب الدائن ( حارس قضائى ) بالعملة الفرنسية ، الذى قبل منه الوفاء اعتقاداً منه عن غلط بأن المقد يطيه الحق فى ذلك ، وقضت المحكمة بإلزام المدين بدفع الفرق بين المملتين ( استئناف مخطوط ١١/٢٥ / ١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٧٦ ) . وانظر كذلك استئناف مخطوط ١٩٣٤/٤/٣ ب ٤٦ ص ٢٢٤ .

(١) انظر فى الغلط فى الباعث باعتباره غلواً بإبطال العقد : السبورى ، المرجع ، السابق نبذة ١٧٣ - حشمت أبوسيت ، المرجع السابق نبذة ١٦٤ - أتور سلطان ، المرجع السابق نبذة ١٢١ - جمال زكى ، المرجع السابق نبذة ٧٣ - عبد المنعم الصلح ، مصادر الالتزام نبذة ١٦٣ .

(٢) انظر : استئناف مخطوط ١٩٣١/٥/٢٨ ب ٤٣ ص ٤١٥ .

انصب على كون الأرض المشتراة بغرض البناء عليها تقع على شارع عريض حالة كونها لا تقع على شارع أصلاً<sup>(١)</sup> ، وإذا انصب على كون القماش المشتري قابلاً للفيل - حالة كونه لا يقبله<sup>(٢)</sup> . وإذا انصب على كون الحق المحال به مضموناً برهن . في حين أن الرهن قد زال ، بسبب عدم تجديد قيده<sup>(٣)</sup> . كما قضى بإبطال البيع على أساس الغلط الجوهرى في صفة في المبيع ، في حالة اشترت فيها قطعة أرض . لبناء مدرسة عليها : ثم اتضح أن مساحتها أقل من الحد الأدنى اللازم لإنشاء مدرسة<sup>(٤)</sup> . وقضى أيضاً بإبطال عقد منحت الدولة المصرية بمقتضاه حق استغلال قطعة أرض . اعتقاداً من الحكومة بأنها لا تحتوى إلا على كمية ضئيلة من الملح ، ثم ظهر لها أنها تحتوى على كميات كبيرة منه يمكن استغلالها بسهولة وجنى أرباح طائلة من ورائه<sup>(٥)</sup> . وقضى بإبطال بيع شيء اشترى على أساس أنه تحفة أصيلة . حالة كونه مجرد تقليد<sup>(٦)</sup> . وقضى بإبطال الوفاء الحاصل من غير المدين . حالة كونه يعتقد عن غلط بأن الدين الموفى به حال بحكم نهائى ومقرر له فوائد<sup>(٧)</sup> .

وإذا وصلنا إلى أن الشرط الأول لإعمال الغلط يتمثل في وجوب أن يكون

- (١) انظر : استئناف مخطئ ١٩١١/١/١٩ ب ٢٣ ص ١١٩ - حكم Pau الفرنسية ١٨/١٢/١٩٦٨ . دالوز ١٩٦٩ ص ٤٦٦ .
  - (٢) استئناف مخطئ ١٩٤٦/٣/١٨ ب ٥٨ ص ٧٤ .
  - (٣) استئناف مخطئ ١٩٣١/٤/٧ ب ٤٣ ص ٣٣٣ .
  - (٤) حكم Orléans الفرنسية ١٨/١٢/١٨٩٥ - دالوز ١٩٥٥ - ٢ - ٤٧ .
  - (٥) استئناف مخطئ ١٨٩٢/١/٧ ب ٤ ص ٩٩ .
  - (٦) انظر : نقض فرنسى تجارى ١٩٧٠/١٠/٢٠ Sem. Jur. ١٦٩١٦/٢/١٩٧١ مع تعليق Ghestin . وانظر أيضاً : باريس ١٩٥٠/٢/٢٧ ، دالوز ١٩٥٠ ص ٢٩٩ .
  - (٧) باريس ١٩٥٤/٢/١٢ دالوز ١٩٥٤ ص ٣٣٧ - استئناف مخطئ ١٩٤٦/٣/١٨ ب ٥٨ ص ٧٤ .
  - (٨) انظر : نقض ١٩٦٥/٥/٢٠ طعن ٣٠٣/٧٩ ق مجموعة النقض ص ١٦ ص ٦٠٣ .
- وقد جاء في هذا الحكم أن اعتقاد الموفى غير المدين خطأ بأن الدين الموفى به حال الأداء بمقتضى حكم نهائى ومقرر له فوائد تتمثل غلطاً جوهرى في صفة أساسية من صفات الدين ، إذ لولاها ما كان الوفاء ، وأن هذا الغلط مع علم الموفى له به من شأنه أن يؤدى إلى إبطال الوفاء وإعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل حصوله .



جوهريا . بمعنى أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . فلا يبقى لنا في خصوص هذا الشرط إلا القول بأن جوهرية الغلط من عدمه تتمثل مسألة واقع ، لقاضي الموضوع فيها القول الفصل بدون معقب من محكمة النقض . طالما جاء تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله .

١٥٢ - الشرط الثاني : يلزم أن يتصل الغلط بالمعاقد الآخر : لا يكفي . لوقوع العقد قابلا للإبطال ، أن يشوب الغلط رضاء أحد المتعاقدين . حتى لو كان هذا الغلط جوهريا ، ولكن يلزم أن يتصل هذا الغلط بالمعاقد الآخر . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٠ بأنه : « إذا وقع المتعاقد في غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد . إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط . أو كان على علم به . أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

وهذا الشرط لا يتسق مع مبدأ سلطان الإرادة . وهو من بعد شرط جديد . لم يقل به المتقدمون من التقليديين . فؤدى مبدأ سلطان الإرادة . لو أنه أخذ على إطلاقه . أن يعطى للمتعاقد السبيل إلى الخلاص من العقد الذى أبرمه . كلما ثبت أنه كان ضحية لغلط جوهرى . دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان هذا الغلط قد اتصل بالمعاقد الآخر . أم لم يتصل به . إذ أن الغلط في كل من الحالتين شاب رضاءه ودفعه إلى التعاقد . ولكن هذا الشرط الجديد . اقتضاه العمل على استقرار التعامل . فأمام الرغبة في العمل على استقرار التعامل . يضحى القانون بتعيب الإرادة بالغلط أو بغيره من العيوب . إذا كان المتعاقد الآخر بعيداً عن العيب لم يتصل به بسبب . إذ أن مؤدى أعمال الغلط أن يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد الغالط . ومن شأن ذلك أن تضعيف الصفقة على المتعاقد الآخر ، فيناله الضرر . من هنا توجب ألا نعمل أثر الغلط . إلا إذا وجد ثمة مسوغ يبرر التضحية بمصلحة الطرف الآخر . وقد وجد المشرع هذا المسوغ في كون الغلط متصلاً بذلك الطرف الآخر على نحو أو على غيره . فتطلب هذا الشرط فيه <sup>(١)</sup> .

---

(١) فالقانون لا يكتفى . لإعمال أثر الغلط في العقد ، بأن يكون هو الدافع إلى التعاقد . فهو لا ينظر إلى الغلط من زاوية المتعاقد الغالط وحده . وإنما ينظر إليه كذلك من زاوية المتعاقد =

ويعتبر الغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين متصلاً بالمتعاقد الآخر فى إحدى الحالات الثلاث الآتية :

(أ) إذا وقع المتعاقد الآخر بلوره فى الغلط : وهذه هى حالة الغلط المشترك . أى الغلط الذى يشترك فى الوقوع فيه الطرفان كلاهما . ومثال هذه الحالة أن يشتري شخص ساعة مطلاة بالذهب . معتقداً أنها من الذهب الخالص . ويشاركه البائع هذا الاعتقاد الخاطيء . فكل من المتعاقدين هنا قد وقع فى الغلط . والذى يضار من الوقوع فى الغلط هنا هو المشتري . إذ الفرض أنه لو تبين حقيقة الساعة ، فإنه ما كان ليشتريها . أو ما كان ليشتريها بالثمن الذى قبله . والقانون يمنحه هنا حق طلب إبطال البيع . يرغم أن البائع كان حسن النية . وقد قدر فى ذلك أن الرضاء جاء معيماً من المتعاقدين كليهما ، فضحى بحسن نية من يقع الإبطال إضراراً به . تمشياً مع اعتبارات العدالة والمصلحة .

فوقوع المتعاقدين كليهما فى نفس الغلط ينهض بذاته دليلاً على أن أى منهما معذور فى غلظه . فيغفر له القانون الوقوع فيه ، ويكون لصاحب

---

الآخر ، الذى من شأن دفع المقد بالمقابلية للإبطال نتيجة الغلط أن يتهدد بالخطر . اعتباراً بأنه يحل بأمن تعاقد واستقراره ويجعله قابلاً للزوال وفق مشيئة غيره . وهى من بعد نظرة : تفت الفكر القانونى المعاصر فقها وقضاء وتشريعاً ، وأدت به إلى أن يعمد إلى تقييد مجال إعمال أثر الغلط . وحصره فى الحدود التى تتفق مع ما ينهض للتعاقد من أمن واستقرار .

وقد تواجدت فى هذا الصدد عدة أفكار تستهدف كلها عدم التضحية بالتعاقد الذى يعمل نظام الغلط إضراراً به . إلا إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . ولعل هذه الأفكار تركز فى اثنتين أساسيتين : الأولى تقول بعدم تحويل المتعاقد الغلط حق طلب إبطال عقده إلا إذا كان وقوعه فى الغلط لم يأت نتيجة خطأ منه . اعتباراً بأن غلظه هنا يكون مفتقراً . فإن كان غلظه غير مفتقر . حرم من حق طلب إبطال المقد . أما الفكرة الثانية ، فهى تنطلق من المتعاقد الذى يعمل الغلط إضراراً به . وتقوم على عدم ثبوت حق الإبطال ضده . إلا إذا كان هو قد أخطأ فى عدم تبصير شريعه بغلظه على وفق ما يقتضيه الشرف والنزاهة فى التعامل .

ويبدو أن المشرع آثر أن يعمل هاتين الفكرتين كليهما ، كلا فى مجال محدد . فتطلب ، لإعاز أثر الغلط ، أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بلوره فى نفس الغلط ، أو علم بوقوع غيره فيه . أو كان من السهل أن يتبين عنه ذلك .

المصلحة منهما أن يتمسك بإبطال العقد ، اعتباراً بأنه قد وقع في غلط يعذر عنه ويغتفر له .

(ب) إذا علم المتعاقد الآخر بالغلط الذى وقع فيه غريمه : فالغلط المشترك ، وإن كان يحول طلب إبطال العقد ، إلا أنه ليس ضرورياً لذلك . فيكفى أن يكون الغلط فردياً ، بمعنى أن يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر ، إذا كان هذا الآخر يعلم بوقوع الأول فيه ، وأنه هو الذى دفعه إلى ارتضاء العقد . ففى مثال الساعة السابق ذكره ، والقائم على شراء شخص ساعة مطلاة بالذهب ، حالة كونه يعتقد أنها من الذهب الخالص ، لا يلزم لوقوع البيع قابلاً للإبطال ، أن يكون البائع قد وقع مع المشتري في الغلط . بل يكفى أن يكون عالماً بوقوعه فيه ، بمعنى أن يكون مدركاً أن المشتري قد اعتقد أن الساعة من الذهب . وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفعه إلى ارتضاء الشراء .

وظاهر هنا أن توضيحية مصلحة المتعاقد الذى يقع الإبطال لإضراراً به ( بائع الساعة فى مثالنا ) أدعى منها فى حالة الغلط المشترك . إذ القرض أن هذا المتعاقد قد أدرك أن المتعاقد معه قد وقع في غلط جوهرى . وأن هذا الغلط هو الذى دفعه إلى التعاقد . فكان حرياً به ، والحال هذه . أن ينبه إلى الغلط الذى وقع فيه . أما ولم يفعل ، فهو سىء النية . وكان خليفاً بتحمل الجزاء الذى يفرضه القانون عليه .

(ج) إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين أن غريمه قد وقع في الغلط : فلا يلزم . لوقوع العقد قابلاً للإبطال . أن يكون الطرف الآخر قد وقع بدوره في الغلط أو علم بوقوع غريمه فيه . بل يكفى أن يكون من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . حتى لو لم يتبينه بالفعل . والظروف الملائمة للعقد . وما ينبغى فى التعامل من حسن النية ، هى التى تنير السبيل أمامنا لتحديد ما إذا كان من السهل على المتعاقد أن يتبين أن غريمه قد وقع ضحية للغلط أم لا . والأمر من بعد يتعلق بالواقع ، ولقاضى الموضوع فيه القول الفصل . فإذا ارتضى شخص ، مثلاً ، أن يدفع فى تمثال رغب فى تراثه ألف جنيه ، حالة كونه لا يساوى فى الحقيقة إلا خمسة أو عشرة جنيهات .

معتقداً عن غلط أنه أئرى ، في هذه الحالة ، ينهض الغلط سبباً للإبطال ، حتى لو كان البائع لم يقع ببلوره في الغلط . ولم يعلم بوقوع المشتري فيه ، إذ أنه كان من السهل عليه أن يتبين أن المشتري قد وقع في الغلط ، وأن هذا الغلط هو الذي دفعه إلى ارتضاء الشراء . ومعيار إمكان العلم بالغلط هو معيار موضوعي أساسه الشخص العادي .

ولتضحية مصلحة المتعاقد الذي تقرر قابلية العقد للإبطال لإضراراً به . حينما يكون من السهل عليه أن يتبين أن غريمه قد وقع فريسة للغلط ، لتضحية مصلحته هنا ما يبررها . فهو إن لم يكن سيء النية أو غاشاً . فهو مقصر تقصيراً جسيماً . لعدم تبينه وقوع المتعاقد الآخر في الغلط . والتقصير الجسيم يتساوى مع الغش .

يظهر مما سبق أنه لا يكتفى . بحسب الأصل . لإعمال أثر الغلط المتمثل في دمج العقد بالقابلية للإبطال . أن يكون جوهرياً . بل يلزم أيضاً أن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر ، بأن يكون هذا قد وقع ببلوره في الغلط . أو علم بوقوعه فيه . أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك <sup>(١)</sup> .

### ٨٥٣ - الغلط في الواقع والغلط في القانون :

ينقسم الغلط . بالنسبة إلى الأمور التي يرد عليها . إلى نوعين أساسيين : غلط في الواقع . وغلط في القانون .

(١) وإذا كان شرط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر الذي فرضته المادة ١٢٠ قد جاء بهدف إحاطة العقد بالأمن والاستقرار وعدم تضحية مصلحة الطرف الآخر إلا إذا وجد المسوغ والمبرر ؛ إذا كان ذلك . فإنه كان أولى بالشرع أن يقصر هذا الشرط على المعوضات دون التبرعات . فالمتبرع له يأخذ ولا يعطى . في حين أن المتبرع يعطى ولا يأخذ . وهذا ما يستلزم أن تكون إرادة المتبرع سليمة خالية من كل العيوب التي تشوبها . وذلك بفرض النثر عن موقف المتبرع له من هذه العيوب . وقد تدارك القانون المدف الكویتی هذا الأمر ، فلم يشترط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر إلا في المعوضات دون التبرعات ( المادة ١٤٧/٢ ) . وقد عمم هذا الحكم على التبدليس والإكراه . مكتفياً بإبطال التبرع أن تكون إرادة المتبرع قد جاءت نتيجة العيب ، حتى لو كان المتبرع له بعيداً كل البعد عنه . راجع في ذلك : مؤلفنا مصادر الالتزام في القانون المدف الكویتی - نظرية العقد نبذة ١٥٤ و ١٦٤ و ١٧٤ .

فالغلط في الواقع أو في الوقائع ، هو ذلك الذي ينصب على أمر من أمور التعاقد ذاتها ، كمادة الشيء محل التعاقد أو صفاته وكشخصية المتعاقد . وكل الأمثلة التي ذكرناها فيما سبق تدخل في هذا النوع من الغلط .

أما الغلط في القانون . فهو ذلك الذي ينصب على حكم القانون بالنسبة إلى أمر من أمور التعاقد ، بأن يعتقد الطرفان أو أحدهما أن القانون يقضي في ذلك الأمر بحكم معين . في حين أنه يقضي في الحقيقة بحكم مخالف . ومثال ذلك أن تموت امرأة دون أن تخلف عقبا . فيعتقد زوجها أن القانون يفرض له في تركتها الربع . ويبيع حصته فيها مدفوعا بهذا الاعتقاد . وهو اعتقاد خاطيء ، إذ أن القانون هنا يفرض للزوج نصف تركته زوجته . وليس ربعها فحسب . ومثال الغلط في القانون أيضا أن يشتري شخص قطعة أرض معتقدا أن القانون يمنحه حق البناء عليها . حالة كونه في الحقيقة يخطئه . ومن أمثلة الغلط في القانون كذلك . مما عرض على الحاكم في فرنسا . أن يبيع شخص سلعة معينة بثمن محدد . اعتقاداً منه بأنها مسخرة جبرياً . حالة كونها غير ذلك في الحقيقة <sup>(١)</sup> .

وقد قام الشك . في وقت ما . حول أثر الغلط في القانون على العقد الذي ينجم نتيجة . وخيل للبعض أن هذا الغلط يقع غير مؤثر . وكان دافعهم إلى ذلك الفهم الخاطيء لقاعدة أساسية . هي قاعدة عدم العذر بجهل القانون .

والحقيقة أن أعمال هذه القاعدة الأخيرة لا يتنافى إطلاقاً مع إعمال الغلط في القانون ، إذا ما وقع <sup>(٢)</sup> . فحكم القانون يطبق دائماً . ما لم تتضمنه قاعدة مفسرة . واتفق على استبعاده . ولا فرق في ذلك بين أن يكون المتعاقدان عالمين أو جاهلين به . لكن إذا ارتضى أحد المتعاقدين عقداً ما . حالة كونه يجهل حكم القانون بشأن أمر من أموره . فلن من شأن هذا الغلط

(١) انظر حكم Montpiliér الفرنسية ٢٣ أكتوبر ١٩٥١ ، دالوز ١٥/١٩٥٢ .

(٢) انظر في هذا المعنى : Mazeaud ، دروس القانون المدفوع ٢ الانترامات نبذة

أن يجعل رضاه غير سليم . فالزوج الذي يبيع حصته في تركة زوجته التي لم تخلف عقباً . اعتقاداً منه بأنه يرث فيها الربع . في حين إنه يرث النصف . يقع رضاه بهذا البيع معيباً . ولا يعترض على ذلك بمقولة إن الشخص لا يعلز بجعله القانون . لأن مؤدى هذه القاعدة أن القانون يطبق على الشخص سواء أكان يعلم أو يجهل حكمه . والقانون في حالتنا يطبق على نصيب الزوج في تركة زوجته . فيأخذ النصف . برغم جهله حكمه . ولكنه حينما باع حصته في تركة زوجته . جاء رضاه بهذا العيب مشوباً بالغلط . فجعله بحكم القانون أثر في رضائه . وجعله يرضى البيع . في حين أنه ما كان ليرتضيه بدونه . ومؤدى ذلك ثبوت الحق له في طلب إبطال البيع ، لا على أساس أنه يريد التهرب من حكم القانون الذي يجمله ، بل على التقيض من ذلك . هو يريد إعمال هذا الحكم ، كل ما في الأمر أنه يدعى ونسق أن رضاه بالبيع الذي أجراه لم يأت سليماً ، بسبب جهله لحكم القانون .

هكذا نخلص إلى أن الغلط في القانون يتساوى تماماً مع الغلط في الواقع . بمعنى أنه يؤدي مثله إلى اعتبار العقد قابلاً للإبطال <sup>(١)</sup> . بشرط أن يكون جوهرياً وأن يتصل بالمتعاقد الآخر ، على النحو الذي حددناه فيما سبق . وهذا مالم يقض القانون بغيره . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٢ بأنه : « يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون . إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين السابقتين . هذا مالم يقض القانون بغيره » .

وإذا كان الغلط في القانون يؤدي إلى وقوع العقد الذي أبرم على أساسه قابلاً للإبطال . بنفس الشروط . وفي نفس الحدود التي يجب مراعاتها في الغلط في الواقع ، فإننا لا نفرق في ذلك بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد

---

(١) وهذا هو الحكم الذي تدير عليه محكمة النقض الفرنسية ، برغم عدم وجود نص يقرر الإبطال لغلط في القانون . انظر نقض فرنسي مدني ٩ فبراير ١٩٧٠ ، ١٩٧٠ Gaz. Pal. - ١ - ٣٤٥ ، نقض مدني فرنسي ٢٤ مايو ١٩٤٨ ، ١٩٤٨ دالوز ١٧ ، وتعليق Lenoan نقض مدني فرنسي ١٥ يونيو ١٩٦٠ ، ١٩٦١ Sem. Jur. - ٢ - ٢٢٧٤ ، وتعليق Voinر منشور أيضاً في سيرى ١٩٦١ - ١ - ١ مع تعليق Savatier .

القانونية المقررة أو المفسرة . فالغلط في حكم القانون . بالنسبة إلى هذين النوعين . بمثثلة سواء<sup>(١)</sup> .

ويلاحظ أن الغلط في القانون . حينما يكون من شأنه أن يجعل انعقد قابلا للإبطال ، يؤدي بالضرورة إلى غلط في واقعة من واقعات العقد . فالزوج الذي يبيع . مثلا . حصته في تركة زوجته معتقداً أن له فيها الربع . حالة أن له فيها النصف بسبب كونها لم تنجب عقباً . يقع في غلط في حكم القانون . وهذا الغلط يحمره إلى غلط من نوع آخر . هو غلط في واقع العقد ذاته . إذ أنه وقع في غلط بالنسبة إلى القدر المبيع والقيمة التي حصل بها البيع . ومن يشترى أرضاً باعتقاد أن له حق البناء عليها . حالة كون القانون يحظره . يقع في غلط في القانون . وهذا الغلط يؤدي به إلى الوقوع في غلط في الواقع . حيث إنه ينصب على صفة في الأرض المبيعة . هي قابليتها للبناء عليها . وهكذا فحينما يكون الشخص واقعا في غلط في القانون يستطيع في الحقيقة أن يتمسك بهذا الغلط وبالغلط في الواقع في آن معا .

وإذا كان الغلط في القانون ، شأنه في ذلك شأن الغلط في الواقع . يؤدي عند توافر الشروط القانونية المطلوبة إلى دمج العقد . بل والتصرف القانوني عموماً ، بالقابلية للإبطال ، فإن ذلك لا يعدو أن يكون تقريراً لمبدأ عام حرص المشرع نفسه على أن يصرح بإمكان ورود الاستثناء عليه . إذا قضى القانون بذلك .

---

(١) والسبب في الأمر أن أغلب الفقهاء في مصر وفي فرنسا يقضون بإبطال العقد من الغلط في القانون الذي تضمنته القواعد المقررة ، دون ذلك الذي تضمنته القواعد الآمرة . بل إن الأجيب من ذلك أنهم ، برغم إجرائهم التفرقة السابقة ، يمدون ، عند إعطائهم أمثلة الغلط في القانون المؤثر في العقد ، إلى سرد حالات من الغلط الواقع في حكم القواعد الآمرة . والسبب الذي دعا الفقهاء إلى إجراء التفرقة هنا بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة هو الخلط الشائع الذي وقعوا فيه بين الغلط في القانون وقاعدة عدم المذر بجعل القانون ، التي رُويها بطورها مقصورة على النوع الأول من القواعد القانونية ، دون الثاني . والحقيقة أن الغلط في القانون شيء وعدم جواز المذر بجعله شيء آخر ، وأن كلا من هاتين القاعدتين تسري على القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المقررة أو المفسرة . دون تفرق .

ومن الاستثناءات المقررة على قاعدة أن الغلط في القانون يمكن له أن يؤدي إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ما تقضى به المادة ٥٥٦ مدنى من أنه : « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » . ومن هذه الاستثناءات أيضاً ما يمكن الوصول إليه . تفسيراً للمادة ٢٢٧ مدنى . من أنه إذا اتفق على فائدة تزيد على الحد القانونى . اعتقاداً من أحد الطرفين أو كليهما بأنها داخلة فيه . فإن الجزاء لا يكون في إبطال العقد . وإنما في إنقاص الفائدة إلى الحد القانونى فحسب <sup>(١)</sup> . وكذلك الشأن إذا أبرم إيجار شيء مما يخضع للتشريع الإيجارى الاستثنائى بأجرة تزيد على الحد القانونى . اعتقاداً من المؤجر عن خطأ أن هذا الشيء لا يخضع لذلك التشريع أو أن الأجرة المتفق عليها تدخل في النصاب القانونى . فلا يكون هنا للمؤجر أن يطلب إبطال الإيجار للغلط . إذا تمسك المستأجر بالامتداد القانونى للإيجار . أو طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانونى . وسند هذا الحكم أن القانون يحدد تعديداً حصرياً الأحوال التى يجوز فيها إخلاء العين المؤجرة من المستأجر . وليس من بينها إبطال العقد لغلط في القانون <sup>(٢)</sup> .

وإذا امتنع . استثناء من الأصل العام المقرر بمقتضى المادة ١٢٢ ، التمسك بالغلط في القانون . فإنه يمتنع بالضرورة التمسك بالغلط في الواقع الذى يؤدي هو إليه .

#### ١٥٤ - أثر الغلط :

يخلص مما سبق أنه إذا كان الغلط جوهرياً . بمعنى أنه باغ من الحسامة حداً بحيث كان ليمتنع معه المتعاقد الذى وقع فيه عن أن يتعاقد لو أنه تبين وجه الحقيقة . واتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر . بأن وقع بدوره فيه . أو كان على علم بأن غريمه قد وقع فريسته . أو فى الأقل كان من السهل أن

(١) راجع : الصبورى ، المرجع السابق ، نبة ١٧٤ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق ، نبة ١٦٥ .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده . المرجع السابق ، نبة ١٦٥ .



أن يقيّن عنه ذلك ؛ إذا توافر هذان الشرطان كلاهما أنتج الغلط أثره .  
وسواء بعد ذلك أكان غلطاً في الواقع أم غلطاً في القانون .

ويتركز أثر الغلط في جعل العقد قابلاً للإبطال ، على النحو الذي  
سنبينه فيما بعد . عند الكلام في الجزء المترتب على عدم توافر شروط  
صحة العقد . بل إن الغلط . شأنه في ذلك شأن باقي عيوب الرضا ، لا يمنع  
بالقابلية للإبطال العقد وحده . وإنما التصرف القانوني بوجه عام . أي حتى  
التصرف الصادر بإرادة واحدة : كالوصية والوعد بمجازاة وترك الخصومة  
في الدعوى (١) .

ووقوع المتعاقد في غلط ، وتحقق توافر شروط إعمال هذا الغلط .  
مسألة من مسائل الواقع . يستقل قاضي الموضوع بتقديرها . دون أن يخضع  
في ذلك لرقابة محكمة النقض ، مادام تقديره قد قام على مقومات سائغة  
تبرره . شأن الغلط في ذلك شأن غيره من عيوب الرضا الأخرى (٢) .

---

(١) انظر في إمكان العلم بالغلط في ترك الخصومة ، نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ .  
ملن ٢٤/٣٢ في مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٦٤٩ رقم ٣٠٤ . وانظر أيضاً في إمكان العلم في  
التصرفات الصادرة بالإرادة المفردة بوجه عام ، نقض فرنسي مدني ( دائرة أول ) ٩ فبراير  
١٩٧٠ Rev. trim. dr. civ. سنة ١٩٧١ ص ٧٥١ ، ومنشور أيضاً في Bull. civil.  
رقم ٤٧ ص ٧٨ وتعليق Loussouran . وانظر أيضاً بالنسبة إلى الغلط في الزول عن  
التركة *renonciation à la succession* ، نقض مدني فرنسي ٢٤ مايو ١٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨  
ص ١٧٠ وتعليق Leno . ومنشور أيضاً في سيري ١٩٤٩ - ١ - ١٠٢ مع تعقيب  
Delaun - نقض مدني فرنسي ١٢ يناير ١٩٥٣ ، دالوز ص ٢٣٤ - نقض مدني فرنسي  
١٥ يونيو ١٩٦٠ ، دالوز ١٩٦١ - ١ .

ويلاحظ أن الغلط إذا كان يؤثر في التصرف القانوني الصادر بإرادة واحدة ، عن نفع  
ما يؤثر في العقد ، إلا أنه لا يلزم لإعماله فيه توافر الشرطين اللازمين لإعماله في مجزأ العقد  
كليهما . وإنما يكفي فيه بأن يكون جوهرياً . أما الشرط الثاني المتطلب في مجال العقد ، وهو أن  
يكون الغلط متصلاً بالمصاغة الآخر ، فهو ليس بلازم بطبيعة الحال ، في مجال التصرف الصادر  
بإرادة واحدة ، لأنه يقع هنا غير ذي موضوع . وما قلناه بصدد الغلط يسري أيضاً على التدليس  
والإكراه .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٣/٣/١٣ ملن ٣٨/٣٩ في مجموعة أحكام النقض س ٢٥٠  
ص ٣٩٦ رقم ٧٠ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/٢١ ملن رقم ١٩٧٦/٢٣ تجرئ . =

والقضاء بإبطال العقد تأسيساً على الغلط لا يمنع القاضي من الحكم .  
زيادة عليه ، بالتعويض لمن وقع ضحيته ، إذا ناله ضرر لم يصلح الإبطال  
في رفعه عنه . وكان هذا الضرر ناجماً عن خطأ ارتكبه الطرف الآخر  
وأدى بالأول إلى أن يجيء رضائه مشوباً بالعيب المبطل . كما إذا علم بوقوعه  
في الغلط . فلم ينبهه إليه . متجافياً في ذلك مع مقتضيات الشرف ونزاهة  
التعامل . وهذا الحكم لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة في المسؤولية  
التقصيرية<sup>(١)</sup> . ولنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

### ١٥٥ - عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية :

رأينا أنه إذا وقع المتعاقد في غلط ، توافر فيه شرطاه اللذان حددناهما .  
كان له أن يطلب إبطال العقد . وحق المتعاقد في إبطال العقد على أساس  
الغلط ليس مطلقاً . فهو يتحدد بما لا يتناقى مع حسن النية . وفي ذلك تقضى

« وقد جاء في هذا الحكم : » أن تقرير وقوع المتعاقد في الغلط يعتبر ، كشأن باقي عيوب الرضا التي  
ترد على العقود ، من مسائل الواقع التي يستلزم قاضي الموضوع بتقدير الأدلة فيها بغير معقب ، متى  
أقيم تقديره لهذا الواقع على ما ينتج » .

(١) أنظر نقض ١٩٧٠/٦/٢ طعن ٣٦/٣٤ في مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٩٦١  
زفر ١٥٥ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « يجوز القضاء بإبطال العقد ( الصحيح لإبطال العقد )  
إذا ثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقفاً في غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد .  
ويجوز مع القضاء بإبطال العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرر لأحد المتعاقدين ، ويكون  
ذلك لا على اعتبار أنه عقد ، بل على اعتباره واقعة مادية ، متى توافرت شروط الخطأ الموجب  
لنسبوية التقصيرية في جانب المتعاقد الآخر الذي تسبب بخطئه في هذا الإبطال » . والحكم في  
د ت صحيح في مجموعه . إلا أننا نلاحظ على صياغته اتساعها بالمسومية في تحديد الطرف الذي  
يشتبه بالتعويض . فقد جاء فيه قوله إنه يجوز الحكم بالتعويض إذا ترتب على الإبطال ضرر  
« لأحد المتعاقدين » . الأمر الذي قد يفهم منه أن هذا التعويض قد يكون لهذا التعاقد أو لذلك ،  
في حين أنه لا يكون في الحقيقة إلا للمعاقد الفاعل وحده . دون غيره . ذلك لأنه ، حتى إذا سلمنا  
يمكن نسبة الخطأ ابتداء إلى المتعاقد الفاعل عندما وقع في الغلط المبطل للعقد . فإن الطرف الآخر  
يعد أن يكون قد وقع بدوره في نفس الغلط ، وهنا لا يحق له أن يتأذى من أمر هو نفسه واقع فيه ،  
وأن يكون عالماً بوقوع غيره في الغلط ، أو كان بإمكانه أن يعلم به لو أنه بذل الحرص  
واجب . وهنا يكون هذا المتعاقد الآخر مرتكباً خطأ هو بالضرورة أفسح مما ارتكبه التعاقد  
الفاعل .

المادة ١٢٤ بأنه : « ١ - ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. ٢ - ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه . إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » .

فلا يسوغ للشخص أن يتمسك بالغلط على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية . فالغلط وهم كاذب يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه . دون أن يجره إليه المتعاقد الآخر . أو فى الأقل . دون أن يجره إليه بما يصل إلى مرتبة الخيلة والخداع . فغلطه إذن يعزى إليه قبل كل شئ . فإن أراد أن يتمسك به . بغية الوصول إلى إبطال العقد . وجب ألا يكون ذلك منه على نحو يتجافى مع ما يوجب عليه حسن النية وشرف التعامل . وإلا كان متعنتاً فيما يطلب من حماية القانون ، ولزم رفض دعواه .

ومن أبرز الحالات التى يظهر فيها التعنت . والتى خصها المشرع بالذكر أن يصير الغالط على إبطال العقد والخلاص كلية من أى تعامل مع غريمه . إذا أظهر هذا الأخير استعداده أن يجرى التعامل معه على نحو يتمشى مع حقيقة ما قصده هو . أى الغالط . عند إبرام العقد . أى على نحو يرتفع عنه أثر الغلط . بل حتى ولو لم يرتفع هذا الأثر كلية . وكان من شأن إعادة الصفقة أن تحمل الغالط بالقليل مما لا يبهظه من تضحية . ومثال هذه الحالة أن يشتري شخص ساعة من ماركة معينة . اعتقاداً منه بأنها من الذهب الخالص . حالة كونها من النحاس . فيصر على التخلص من الصفقة كلية . برغم أن البائع يعرض عليه . بالثمن عينه أو حتى بثمان يزيد قليلاً . ساعة من الذهب الخالص من نفس الماركة والشكل . فن البداهة أنه مما يتعارض مع حسن النية أن يستهدف الشخص من القسك بالغلط شيئاً يزيد على تحلصه من نتيجة وقوعه فيه . بل حتى لو كان من شأن ذلك أن يحصله باليسير مما لا يبهظه .

#### ١٥٦ - الغلط المادى :

يجب عدم الخلط بين الغلط ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . وبين الغلط المادى الذى يجرى فى عبارة العقد . فالأول . كما بينا ، اعتقاد خاطئ أو وهم

كاذب يتولد في ذهن المتعاقد ويدفعه إلى التعاقد . وهو بذلك يفسد منه الرضاء . أما الغلط المادى ، فيقصد به مجرد زلات الحساب أو القلم . وهو بهذه المثابة لا يؤثر في الرضاء . إذ الفرض أن الرضاء قد قام على الأساس الصحيح . ولكن وقع غلط بعد ذلك في الحساب أو في تحرير العقد . فالغلط المادى لا يعدو أن يكون مظهرآ غير صحيح لرضاء هو في ذاته سليم <sup>(١)</sup> . ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر ٥ أفدنة بسعر ٥٠٠ جنيه للفدان . ثم يذكر أن مجموع الثمن المستحق على المشتري ألفان جنيه . بدلا من ألفين وخمسمائة . أو أن يدفع المشتري من هذا الثمن ألف وخمسمائة ويتبقى عليه ألف . فيذكر في العقد العكس .

ومادام الغلط المادى لا يؤثر في الرضاء ، فإنه لا يمس صحة العقد . بل يقتصر الأمر على تصحيح ما جاء مغلوطا . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٣ بأنه : « لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب . ولا غلطات القلم . ولكن يجب تصحيح الغلط » .

ولكن إذا كان الغلط المادى لا يؤثر في الرضاء ولا يمس صحة العقد . إلا أنه قد يجر إلى غلط آخر يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال . ومثال هذه الحالة . أن يعتمد شخص إلى حساب قيمة تكلفة السلعة حتى يحدد ثمن بيعها ، فيخطئ الحساب . ويصل إلى تقدير سعر لبيع السلعة . في حين أنه ماكان ليقبل البيع به . لو أنه لم يخطئ ؛ في مثل هذه الحالة .

(١) راجع نقض ١/١٦/١٩٦٩ طعن ٣٤/٤٥٧ في مجموعة النقض س ٢٠ ص ١١١ رقم ١٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن « مجال تطبيق المادة ١٢٣ من القانون الملغى الغلطات في الحساب وغلطات القلم ، أى الأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد . فلا يدخل في هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر ، لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ ، ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من "قانون الملغى" ( أحكام القانون الملغى المتعلقة بالإثبات ألغيت بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وحلت محلها الأحكام التى جاء به هذا القانون ) التى تقضى بأن الورقة تعتبر صادرة من موقعها .

يؤدى الغلط في الحساب إلى الوقوع في غلط يشوب الرضاء . وهو غلط في قيمة الشيء . وهؤدى هذا الغلط الأخير أن يجعل العقد قابلاً للإبطال . مادام هو جوهرياً . ومتصلاً بالتعاقد الآخر .

### ١٥٧- فكرة الغلط في الفقه الإسلامى :

لم يتناول فقهاء المسلمين الغلط : باعتباره عيباً يشوب الرضاء . في مؤلفاتهم . ولم يولوه من العناية ما أولوه للتدليس والإكراه . اللذين أحاطوهما . و على الأخص أخيرهما . ببالغ الرعاية والاهتمام .

والحق إن الغلط . باعتباره أمراً نفسياً تلقائياً . يقوم على توهم يخالف الحقيقة ، ويتولد ذاتياً لدى صاحبه بطريقة عفوية تلقائية . لا يتمشى مع ما يسود شريعتنا الإسلامية من نزعة موضوعية مادية . فهذه الشريعة السمحة . في علاقة الناس بعضهم ببعض . تغلب ما يظهر لهم على ما يخفى عليهم . استقراراً للمعاملات بينهم ، ومنعاً للقلق والاضطراب . ونجد تطبيقاً لذلك أن الفقه الإسلامى يغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة عند تعارضها <sup>(١)</sup> . ومؤدى هذه الفكرة ذاتها أنه لا يعتد . في إبرام التصرفات . بالغلط بمفهومه العلمى الصحيح . أى باعتباره وهماً يخالف الحقيقة . ويتولد تلقائياً عند صاحبه .

١٥٨- ومع ذلك فقد رأينا فقهاء معاصراً فذاً . هو الأستاذ الكبير السنبورى <sup>(٢)</sup> . يحاول أن يجد لنظرية الغلط . على نحو ما يقول به القانون المعاصر : صدى أميناً في الفقه الإسلامى . وقد جذب إلى فكرته بعض الفقهاء الآخرين <sup>(٣)</sup> .

وتركز فكرة الأستاذ السنبورى في أن الفقه الإسلامى يعرف : شأنه في ذلك شأن الفقه الغربى التقليدى : الغلط المانع والغلط المؤثر .

(١) راجع ، في ذلك : مؤلفنا مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتى . نبة ٤١ .

(٢) انظر السنبورى . مصادر الحق في الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١١١ وما بعدها .

(٣) انظر مصطفى الزرقاء ، الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد . ج ١ طبعة ٩ نبة ١١٩ وما بعدها . عبد المحيد الحكيم . مصادر الالتزام ، نبة ٢٢٦ وما بعدها . وقارن شفيق شحاتة . انرجع السابق نبة ١٥٧ وما بعدها .

فالغلط المانع يكون عند اختلاف الجنس ، أو اتحاده مع التفاوت الكبير في الوصف . ومثال الحالة الأولى : أى اختلاف الجنس . أن يبيع شخص باقوتا . فإذا بالمبيع زجاج ، أو يبيع حنطة . فإذا بالمبيع شعر . أما الحالة الثانية ، وهى حالة اتحاد الجنس مع التفاوت الفاحش في الوصف <sup>(١)</sup> ، فمثالها أن يبيع شخص داراً من آجر فإذا بها من لبن . أو يقول شخص لآخر : بعثك هذا الغلام ، فإذا بالمبيع جارية <sup>(٢)</sup> . ويؤدى الغلط المانع في الفقه الإسلامى . على حد تعبير الأستاذ السبورى . إلى منع انعقاد العقد ، وإن كان يضيف ، تعليلاً لذلك قوله : لأن المحل يكون معدوماً .

أما الغلط المؤثر . فقد رآه صاحب الفكرة فيما يلى :

( أ ) **تفاوت الوصف دون تفاحش** : وهنا يكون الجنس متحداً بين الشيء الذى ارتضته ارادة العاقد والشيء الموجود بالفعل . ولكن الوصف المرغوب فيه . غير متوافر . دون تفاحش . ومثال ذلك أن يبيع شخص باقوتا أحمر . فإذا هو باقوت أصفر . أو أن يبيع بقرة . فإذا بها ثور . أو ناقة ، فإذا هى جمل .

وفي هذه الحالة . يرى صاحب الفكرة أن الغلط يقع مؤثراً ، من حيث أنه يغول ضحيته إما الإبقاء على العقد بحالته ، وإما فسخه <sup>(٣)</sup> .

(١) فقهاء المسلمين يعطون التفاوت الفاحش في الوصف المرغوب حكم الاختلاف في الجنس . أو هو يؤدى . على حد تعبير بعضهم ، إلى اعتبار الشئين جنسين مختلفين في المعنى ، فيكون حكم اختلاف الجنس في الحقيقة ( انظر فتح القدير ، ج ٥ ص ٢٠٦ ) .

(٢) يلاحظ أن فقهاء المسلمين يقررون أن اختلاف الحيوانات في الذكورة والأنوثة لا يعتبر اختلافًا فاحشاً في الوصف ، كما إذا باع حيواناً على أنه بقرة ، فإذا به ثور . أما في بئى الإنسان من كانوا يعتبرون عبيداً وإماء ، فالاختلاف في الذكورة والأنوثة ، كان يعتبر اختلافًا فاحشاً في الوصف . يؤدى إلى اعتبار الخلاف في حكم ذلك الواقع في الجنس ، وذلك للاختلاف البين لجسم في المنفعة المقصودة من الجارية والعبد .

(٣) ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغلط واضحاً للمعاقد الآخر ، بأن كان قد صدر من الفاعل ما استطاع أن يستشف منه غلطه . أو استطاع أن يستشف هذا الغلط دلالة من ظروف التعقد .

(ب) **الغلط في شخصية المتعاقد** ، إذا كانت محل اعتبار في العقد ، ومثال ذلك أن تزوج المرأة من الرجل . فإذا هو ليس كفؤاً لها ، أو به عجز أو مرض يحول دون المقصود من الزواج . وكما إذا تنازل الشفع عن الشفعة اعتقاداً منه بأن المشتري هو شخص معين يطمئن إليه ، فإذا به آخر يحشى منه . ومثال ذلك . في النهاية . اجارة الطر لإرضاع طفل ، ثم ظهور أنها مريضة أو فاسقة ، أو عدم ملاءمة لبنها لصحة الطفل .

وهنا أيضاً يقع الغلط مؤثراً . ويكون للغلط أن يبقى على العقد أو يفسخه .

(ج) **الغلط في القيمة** : الغلط في القيمة : إذا صحبه غبن . يؤدي إلى منع صاحبه الحق في الإبقاء على العقد أو فسخه ، بشرط أن يكون هذا الغلط قد جاء نتيجة التفرير أو التدليس . وهذا ما يسمى بخيار الغبن .

هذا تلمخيص . نعتقد أنه أمين ، لفكرة الأستاذ الكبير السبوري . وواضح أنه يستهدف بها إظهار أن الفقه الإسلامي يعرف نظرية الغلط على نفس النحو الذي عرفها عليه الفقه الغربي . وكأنك . حينما تستعرض النتيجة التي وصل إليها ، ترى فيها صورة تكاد . في أصولها . أن تكون مطابقة لما يتضمنه فقه القانن المعاصر في نظريته التقليدية للغلط .

١٥٩ - وهذه الفكرة . من فقيها الفذ . محل نظر عندنا . فهي لا تبدلونا سليمة ، لا في أساسها . ولا في غايتها .

فن ناحية أولى . فكرة الغلط في ذاتها لا تتسق مع النزعة الموضوعية المادية التي تسود الفقه الإسلامي . على نحو ما بيناه<sup>(١)</sup> . وذلك باختلاف التفرير والأكراه والغبن . فهذه العيوب الثلاثة الأخيرة خلافاً للغلط . تصطبغ بأمور مادية ظاهرة . هي الاحتيال أو الضغط أو عدم المساواة في العقد . الأمر الذي نفهم معه اهتمام الفقه الإسلامي بها دونه .

ومن ناحية ثانية ، فإننا نكاد لا نجد في الفقه الإسلامي اهتماماً بالغلط

---

(١) راجع سابق ، نبذة ١٠ .

باعتباره عيباً يشوب لذاته وبمجرد الرضاء بالعقد . بل ان اصطلاح « الغلط » في ذاته يكاد يكون غير مألوف لدى الفقهاء .

ومن ناحية ثالثة : فان المحاولة الذكية التي لجأ إليها الفقيه الكبير لاستنتاج التقارب ، ان لم يكن التشابه ، بين الفقه الإسلامى والقانون المعاصر بالنسبة إلى الغلط ، ليست ناجحة . واطهاراً لذلك نقول :

( أ ) بالنسبة إلى اختلاف الجنس والتفاوت الفاحش في الوصف ، لم يلجأ فقهاء المسلمون إلى فكرة الغلط لإبطال العقد . بل انهم لم يلجأوا حتى إلى التراضى للوصول إلى انعدامه ، كما تفعل نحن اليوم في القانون المعاصر بصدد ما يسمى بالغلط المانع . ولكنهم أبطلوا العقد تأسيساً على انعدام محل الالتزام ، أو ما يسمى عندهم المعقود عليه . وهم في ذلك يقولون انه إذا اختلف الجنس ( كما إذا قال بعتك هذا الياقوت ، فإذا هو زجاج ) ، أو وقع التفاوت الفاحش في الوصف ( كما إذا قال بعتك هذه الدار المبنية من الحجر ، فإذا بها من لبن ) ، فإن العقد لا ينعقد أصلاً ، لأن العاقد قصد شيئاً ، في حين أن هذا الشيء بذاته غير موجود في الحقيقة . فالعقد هنا يبطل لأن المعقود عليه معلوم . والمعلوم لا يصح أن يكون محلاً للتعاقد في الفقه الإسلامى ، كأصل عام . وهكذا فيبطلان العقد هنا ، وفق منطق الفقه الإسلامى ، لا يقع تأسيساً على انعدام الرضاء . كما ذهب استاذنا السنبورى ، ولكن تأسيساً على انعدام المحل . وهو أمر يعترف هو نفسه <sup>(١)</sup> به . كما إنه ظاهر بوضوح من كتابات بعض فقهاء الشرع الإسلامى <sup>(٢)</sup> . وبين بشكل يكاد يكون قاطعاً في المحلة <sup>(٣)</sup> .

(١) بعد أن قال الأستاذ السنبورى ( مصادر الحق في الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١١٣ ) أن الغلط في جنس الشيء يمنع انعقاد العقد ، استطرد يقول : « لأن المحل يكون معلوماً » . في حين أنه مؤدى الغلط المانع أن يمنع انعقاد العقد لانعدام الرضاء ، وليس لانعدام المحل .

(٢) جاء في الفتاوى الهندية ( ج ٢ ص ١٣٤ ) : « لو باع فصاً على أنه ياقوت ، فإذا هو زجاج ، أو أشار إلى مملوك ، فقال بعتك هذا الفلام ، فإذا هو جارية : كان البيع باطلاً ، لأنهما جنسان مختلفان فيكون هذا بيع معلوم » . وجاء في الزيلعى ( ج ٤ ص ٥٣ ) : « ثم إذا كان المبيع هو المسمى عند اختلاف الجنس ، يقع البيع باطلاً ... لأنه معلوم . ويصح المعلوم لا يجوز إلا في السلم » .

(٣) فبعد أن جاءت « المحلة » ، في المادة ٢٠٥ منها ، تقرر الأصل العام في أن بيع المعلوم باطل . جاءت في المادة ٢٠٨ منها تقول : « إذا باع شيئاً وبين جنسه ، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس ، بطل البيع . فلو باع زجاجاً على أنه ألماس ، بطل البيع » .



(ب) بالنسبة إلى اختلاف الوصف دون تفاحش . كما إذا باع ياقوتا أحمر . فإذا به أصفر : أو بقرة فإذا بها ثور . يحول الفقه الإسلامى للعائد إما الإبقاء على العقد كما هو . وأما فسخه . وقد أرجع الأستاذ السهرورى ذلك إلى فكرة الغلط المؤثر . وهذا لا يتسق إطلاقاً مع ما جاء فى كتابات الفقهاء المسلمين . فجميع الأمثلة التى تضمنتها عبارات الفقهاء المسلمين والتى أوردها الأستاذ السهرورى نفسه ، والتى يثبت فيها خيار الفسخ ، لا تخرج عن حالات ثلاث : (١) إما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسبوقةً بعبارة : «على أنه» . كما هو الشأن فى المثل السائد الذى يقول : «إذا باع ليلاً فصفاً على أنه ياقوت أحمر . فظهر أصفر ، أو ذاك الذى يقول : «لو اشتري كتاباً على أنه من تأليف محمد»<sup>(١)</sup> . فظهر أنه كتاب غيره » (٢) وأما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسمى فى العقد . كما إذا قال : «بتلك هذا الفص من الياقوت الأحمر» . فظهر أصفر (٣) . وأما أن يكون الوصف المرغوب فيه مستخلصاً دلالة من ظروف التعاقد . كما إذا اشترى شخص عبداً شهرته أنه حجاز أو أنه كاتب . فظهر غير ذلك . ومن هذه الأمثلة الثلاثة يبين . أن خيار الفسخ ، عند اختلاف الوصف . لا يثبت إلا إذا كان الوصف المرغوب مشروطاً فى العقد . إما صراحة ، أو إشارة أو دلالة . وهكذا فرد خيار الفسخ هنا لا يرجع إلى فكرة الغلط . كما ذهب استاذنا السهرورى : ولكن إلى الإخلال بشرط تضمنه العقد . إن صراحة أو إشارة أو دلالة ، بفوات وصف مرغوب فيه تضمنه هذا الشرط . وهذا هو بالفعل أساس ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى : «خيار الوصف» . وقد جاءت المحلة تقر هذه الفكرة<sup>(٢)</sup> .

(١) المقصود هو محمد بن الحسن الشيبانى ( المتوفى سنة ١٨٩ هـ ) . وهو صاحب الثاق للامام الأكبر أبو حنيفة ، بعد أبو يوسف .

(٢) فقد جاءت ، تحت عنوان « فى بيان خيار الوصف » . تقول فى المادة ٣١٠ منها : «إذا باع مالا بوصف مرغوب . فظهر المنيع خالياً عن ذلك الوصف ، كان المشتري مخيراً ، إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذ بجميع الثمن المسمى . ويسمى هذا الخيار خيار الوصف . مثلاً لو باع بقرة على أنها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، يكون المشتري مخيراً . وكذا لو باع فصفاً ليلاً على أنه ياقوت أحمر . فظهر أصفر ، غير المشتري » .

هكذا بين أن خيار الفسخ : لفوات الوصف : لا يرجع إلى فكرة الغلط ، ولكن إلى فكرة اشتراط الوصف المرغوب . ثم تخلفه . وليس أدل على ذلك من عدم ثبوت ذلك الخيار : عند عدم اشتراط هذا الوصف . ومثال ذلك أن يبيع شخص مصل غير عالم بأنها خز ، أو أن يبيع ثوباً مروياً<sup>(١)</sup> معتقداً أنه غير ذلك . وكذا إذا قال البائع : « أبيعك هذا الحجر ، فإذا هو ياقوتة » . في كل هذه الأمثلة يرى فقهاء المسلمين أن البيع يقع لازماً ، ولا يثبت فيه للبائع خيار الفسخ . برغم أنه وقع في غلط جوهرى ، وحتى لو كان المشتري يعلم بحقيقة المبيع .

(ج) بالنسبة إلى الاختلاف في الشخصية : يقول الأستاذ السهورى أن الفقه الإسلامى يقر الغلط في الشخصية إذا كانت محل اعتبار في التعاقد . ويضرب لذلك عدة أمثلة أهمها زواج المرأة برجل يتضح لها أنه ليس كفواً لها ، وتنازل الشفيع عن الشفعة اعتقاداً منه بأن المشتري شخص معين ، ثم يتضح له أنه شخص آخر . واجارة الظئر التى يبين عدم صلاحها لإرضاع الطفل . والحقيقة أن الغلط هنا لا يلعب أى دور . وأما ثبوت خيار الفسخ يرجع إلى اعتبارات أخرى تختلف باختلاف كل حالة .

فبالنسبة إلى الزواج : لا يرجع خيار الفسخ عند انتفاء الكفاءة . إلى فكرة الغلط ، وإنما إلى وجوب حماية المرأة من زواجها برجل لا يكون لها كفواً . وآية ذلك أن فسخ الزواج لعدم الكفاءة لا يثبت . وفقاً لإجماع مذاهب السنة الأربعة ، إلا للمرأة دون الرجل . ثم أن المرأة التى تزوج بمن لا يكون لها كفواً ، تستطيع ، في المذهب الحنفى على الأقل ، أن تطلب فسخ الزواج . حتى لو كانت تعلم ، عند الزواج ، بأن رجلها أدنى منها مرتبة<sup>(٢)</sup> .

وبالنسبة إلى الشفعة ، فالحكمة منها . وهى دفع أنى المشتري . هى التى تقضى أن تنازل الشفيع لا يقع صحيحاً إلا بالنسبة إلى الشخص الذى يقع من أجله ، لا من أجل شخص آخر .

---

(١) الثوب المروى : منسوب إلى مرو ( بفتح وسكون ) . وهى بلدة من بلاد فارس . اشتهرت بصنع الثياب .

(٢) أنظر في هذا المعنى Linant de Bellefonds ، المرجع السابق نبة ٥١٥ و ٥١٦ .

وكذلك بالنسبة إلى الظئر . فصلحة الطفل هي المقصودة من اجارتها .  
فلذا استبان تخلف هذه المصلحة ، كان لوليه أن يفسخ الاجارة .

( د ) بالنسبة إلى الغبن : الغلط في القيمة يقع غير مؤثر في الفقه الاسلامي .  
فالذي يهتم به هذا الفقه هو الغبن . بل إنه ، كأصل عام ، لا يهتم بالغبن المبرد .  
ولنما يتطلب أن نجىء هذا الغبن وليد التفرير أو التدليس .

من كل ما سبق يخلص أن فكرة الغلط غريبة عن الفقه الإسلامي ولا تتسق  
مع النزعة المادية الموضوعية التي تسوده .

بيد أن هذا ليس معناه قصور أو نقص في الفقه الإسلامي عما عليه الحال في  
القانون المعاصر . إذ أنه يصل إلى تحقيق الغاية من نظام الغلط ، في الحدود التي  
يسمح بها استقرار المعاملات وازدهار التجارة ، على شكل ان لم يفضل القانون  
المعاصر ، فعلى الأقل لا يذنبه . وذلك بوسائل فنية أخرى تركز في نظرية  
المعقود عليه ، أو محل الالتزام كما يسمى في القانون المعاصر . وفي خيار  
الوصف . وخيار العيب .

### ثانياً : التدليس

١٦٠ - التدليس dol ، أو التفرير ، كما يسمى في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup> .  
باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، هو الالتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام  
المتعاقد بأمر يخالف الواقع . وجره بذلك إلى التعاقد . فقوامه التضليل  
والتقوية والخداع . ومثاله أن يقدم شخص لآخر شهادة كاذبة توهم بمثانة  
منزل أو بذكاء بنائه أو بكثرة إيراده ، ويصل بذلك إلى حمله على شرائه .  
ومثاله كذلك أن يتقدم شخص إلى بنك ، ظاهراً أمامه بمظهر اليسار ، عارضاً  
عليه شهادات مزورة توهم بكثرة أمواله ، ويدفعه بذلك إلى فتح اعتماد  
لصالحه . أى إلى وعده بإقراضه . ومثاله في النهاية أن يقصد شخص إيهام  
شركة التأمين بصحة بدنه وخلوه من الأمراض التي تهدد حياته . حتى يصل

---

(١) راجع في التدليس أو التفرير في الفقه الإسلامي ما سيجيء ، نبذة ١٧٠ .

بنلك إلى حملها على إبرام عقد التأمين على حياته<sup>(١)</sup>، فيجعل آخر يتقدم إلى الكشف الطبي مكانه متتحلاً شخصيته .

والتدليس يؤدي إلى تضليل المتعاقد الذي يقع ضحيته . فهو يجعله يعتقد أمراً يخالف الحقيقة . وبعبارة أخرى . هو يؤدي إلى إيقاعه في الغلط . وهكذا نصل إلى أن التدليس ، إن عاب الرضاء . فهو لا يفعل أكثر من أن يجعله مشوباً بالغلط . كل ما في الأمر أن الغلط الناشئ عن التدليس هو غلط مدبر يقصد المدلس إيقاع ضحيته فيه . ويجره فعلاً إليه<sup>(٢)</sup> . بالحيلة والخديعة والتضليل . في حين أن الغلط العادي . يتولد في ذهن ضحيته تلقائياً . أي من غير أن تدفع تلك الضحية إليه . أو في الأقل من غير أن تدفع إليه بالحيلة والخداع والغش .

وقد عرض القانون المدني للتدليس في المادتين ١٢٥ و ١٢٦ .

#### ١٦١ - شروط إعمال التدليس :

لكي ينتج التدليس أثره القانوني . من حيث إنه يشوب الرضاء . ويجعل العقد قابلاً للإبطال . يلزم أن تتوافر فيه الشروط الثلاثة الآتية :

١ - استعمال طرق احتيالية تؤدي إلى تضليل المتعاقد .

٢ - أن يحصل استعمال الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو ممن في حكمه . أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر . في الأقل . عالماً باستعمالها أو مستظهماً أن يعلم به .

٣ - أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد .

ونتناول كلا من هذه الشروط بالإيضاح . وذلك فيما يلي :-

#### ١٦٢ - الشرط الأول - استعمال الطرق الاحتيالية :

قوام التدليس الاحتيال والتفريز والتضليل . كما بينا . فلا بد إذن من

(١) انظر : استئناف مخطط ١٢/٩/١٩٣٥ ب ٣٨ ص ٩٠ .

(٢) راجع في ذلك Mazeaud ، «دروس القانون المدني» ، نبذة ١٨٨ .

أن يتضمن أدوات أو وسائل تصل به إلى هذه النتيجة . ويطلق على هذه الوسائل أو الأدوات الطرق الاحتمالية أو الحيل *manoeuvres frauduleuses* . ومثالها تقديم شهادات مزورة توهم بمثانة أو دقة البناء المراد بيعه أو بكثرة إيراده . وانتحال شخصية أو صفة رجل آخر<sup>(١)</sup> ، والظهور بمظهر اليسار للوصول إلى تسهيل ائتماني ، إلى غير ذلك كله من أنواع الحيل التي لا تنتهي<sup>(٢)</sup> . وقد أشارت المادة ١/١٢٥ إلى الحيل ، باعتبارها قوام التدليس وأساسه .  
قائلة : « ١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد » .

ويراعى في تقدير أثر الحيلة المكونة للتدليس معيار شخصي<sup>(٣)</sup> ، أي أننا نضع نصب أعيننا ذات الشخص الذي وجهت إليه الحيلة بقصد تضليله . فمرد المسألة إلى رضائه : هل تأثر بالحيلة أم لم يتأثر . فإن كان التأثير قد انطلى عليه ، اعتبر التدليس قائماً . حتى لو كان من شأنه ألا يتطلى على غيره من الناس . ولكن ينبغي مع ذلك أن تصل الحيلة إلى حد معقول من الجسامة بالقدر الذي يمكن معه أن تعتبر حيلة . فتنظام التدليس لا يحصى المقرضين

---

(١) انظر استئناف مخطوط ١٩٣٥/١٢/٩ ب ٣٨ ص ٩٠ . وقد قضى هذا الحكم تأسيساً على التدليس ، بإبطال عقد تأمين تقدم فيه شخص للكشف الطبي مكان المؤمن له .

(٢) وإذا تطلبت في التدليس وجود طرق احتمالية ، فليس المقصود أن تصل تلك الطرق من الجسامة إلى الحد الذي تستلزمه جريمة النصب الجنائية . فهذه الجريمة تقوم بدورها على الطرق الاحتمالية . ولكن الطرق الاحتمالية التي تقتضيها تقسم بالجسامة إلى الحد الذي يدل على روح الإجرام في مرتكبها وتفتته في ابتزاز أموال الغير بدون وجه حق . في حين أنه لا يتطلب في الطرق الاحتمالية التي تكون التدليس أكثر من أن تغفل في تضليل المتعاقدين وإيهامه بالأمر المراد حمله على الاعتقاد به ، طالما أنها على قدر معقول من الجسامة ، على نحو ما بيناه في المتن . وهكذا فالطرق الاحتمالية المكونة للتدليس المدنى أوسع نطاقاً من الطرق الاحتمالية المكونة لجريمة نصب الجنائية . فكل ما يعتبر مكوناً للنصب يكفي ، من باب أول ، لتكوين التدليس المدنى . ولكن العكس ليس صحيحاً . فيمكن لأموال معينة أن تعتبر كافية لقيام التدليس المدنى ، دون أن تصل من الجسامة إلى الحد الذي يتطلبه القانون لقيام جريمة النصب .

(٣) انظر في ذلك : السبوري ، المرجع السابق ، نبذة ١٨١ - وانظر أيضاً *De Page* في كتابه *Traité de droit civil belge* ، ج ١ نبذة ٥٠ .

في البساطة والسذاجة . وإنما أمثال هؤلاء قد يمكن لم أن يجدوا الحماية القانونية في نظام الحجر للغة أو في نظام استغلال الطيش البين .

ومعيار الحد المعقول من الجسامة الذي يلزم أن تتصف به الحيلة . حتى تصل إلى مرتبة التدليس . هو تجاوز الأمور العادية المألوفة في التعامل . فإذا كانت الحيلة قد تجاوزت الأمور العادية المألوفة في التعامل بين الناس أمكن لها أن تصل إلى مرتبة التدليس . وإلا فلا .

١٦٣ - هل يكفى الكذب أو الكتمان لقيام التدليس ؟ ثار التساؤل من قديم حول ما إذا كان مجرد الكذب يتدفق إلى مستوى التدليس من عدمه . والقاعدة أن الكذب العادى . أى المجرد من الظروف التى تقتضى بصفة خاصة من صاحبه تجنبه . لا يعتبر تدليساً يشوب الرضاء . فن يروج ليضاعته . مثلاً ، ملتجئاً في ذلك إلى المبالغة في امتداحها . لا يعتبر مدلساً<sup>(١)</sup> . إذ أن مثل هذا الكذب أصبح مألوفاً في وقتنا هذا . بحيث يمكن اعتباره داخلاً في المعاملات العادية للناس . ويقع عبء التحرز منه على الغير . فهو بهذه المثابة لا يصل إلى حد أن يعتبر حيلة .

وإذا كان الكذب العادى البسيط . مجرد الكذب . لا يعتبر بحسب الأصل تدليساً . إلا أن هناك نوعاً من الكذب يتميز بدناءة أكبر وبخطورة أشد . وهو ذاك الذى يأتى بمخالفة واجب خاص متميز يمل على الشخص الإحجام عنه . غير مجرد الواجب الدينى أو الأخلاقى . فما يعتبر بمثابة الخيل المكونة للتدليس . الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملاساته ، أو السكوت عن ذكرها ، إذا كان ذلك يتمثل إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التى يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به .

(١) انظر : Trib. civ. Seine الفرنسية ١٩٥١/٣/٧ ، Gaz. Pal. - ١٩٥١ -

فلذا كان الأصل في الحيلة ، التي هي أساس التدليس ، أن تقوم على أفعال مادية <sup>(١)</sup> ، فإنه يقع بمثابها الكلب والكتبان ، كلما جاء لإخلالا بواجب خاص في الصديق والمصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غشه وغرر به <sup>(٢)</sup> .

وهكذا فالكلب في حد ذاته ، ومجرداً عن أى اعتبار آخر ، لا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد . ورغم ما فيه من قبح ، ورغم أن ديننا وأخلاقنا تأباه وتمقته وتحرمه . فقد نفى الكلب اليوم ، حتى وصل بنا إلى حد إلقاء الواجب علينا في أن نتحرز نحن منه . فإن لم نفعل ، كنا مقصرين في حق أنفسنا ، وما كان لنا أن نلجأ إلى القانون ليحمينا . إنما الكلب الذي يتدنى إلى مرتبة التدليس هو ذلك الذي يأتي بمخالفة واجب خاص على الشخص الإحجام عنه ، غير مجرد الواجب الدينى أو الأخلاقى . وهذا الواجب قد يأتي من القانون ، كما هو الشأن على الخصوص بالنسبة إلى عقد التأمين <sup>(٣)</sup> حيث يلتزم المؤمن له بالإدلاء بكل الظروف المعلومة له والتي يهم المؤمن معرفتها في سبيل تقدير المخاطر التي يأخذها على عاتقه ، وإلا وقع العقد قابلاً للإبطال . وقد يأتي الواجب من الاتفاق . بل إنه قد يأتي من طبيعة المعاملة ذاتها التي يكون من شأنها الالتزام الصارم بالصديق والمصارحة ، كما هو الشأن على الأخص في تلك البيوع التي يركن المشتري في خصوص تحديد الثمن فيها إلى ذمة البائع ، وهى تلك التي يطلق عليها في الفقه الإسلامى « بيع الأمانة » . وقد يأتي واجب الصديق والمصارحة في النهاية ، من

(١) وهو ما يسمى في الفقه الإسلامى بالتفريز القتل .

(٢) وهو ما يسمى في الفقه الإسلامى بالتفريز القول .

(٣) أنظر استئناف غنطل ٢٨/٥/١٩١٩ ب ٣١ ص ٣١٦ ، وقد أبطل هذا الحكم عقد تأمين ذكر فيه المؤمن له أنه مزارع حال أنه مجار ، فأغنى بذلك على شركة التأمين المخاطر التي تعرض لها مهته . وانظر أيضاً استئناف غنطل ٢٦/٢/١٩٣٠ ب ٤٢ ص ٣٢٥ ، وقد نفى هذا الحكم بإبطال عقد تأمين ذكر فيه المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها .

أنفة التي يكون من شأن ظروف الحال ، وما ينبغي أن يقوم عليه التعاقد من اعتبارات حسن النية أن تجعل للمتعاقد المدلس عليه حقاً في أن يضعها فيمن خدعه وغرر به (١) و (٢) .

وما قلناه بشأن الكذب ، يسرى على السكوت أو الكتمان . فالسكوت حيث يلزم الإفصاح والبيان ، نوع من الكذب ، هو كذب سلبي . فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب ، بل أن تقول أيضاً كل ما يجب عليك أن توضح عنه . وهكذا فالسكوت العادي . كالكذب العادي . لا ينهض إلى مرتبة التدليس . إذ الأصل أن المتعاقد لا يجبر قانوناً على الإفصاح عن كل ما يقتضيه التعاقد من شئون . وإلا وقع الناس في العنت والحرج . أما السكوت . حيث يلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو حتى ظروف التعاقد . وفقاً لمقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل . الإفصاح والبيان . أي السكوت عن الأمور الجسيمة التي يعلق المتعاقد عليها أهمية في ارتضاءه العقد ، بحيث

(١) انظر في هذا الاتجاه : De Page ، المرجع السابق نبذة ٥٠ - Beudant ج ٨ نبذة ١٢٨ - Demogue ج ١ نبذة ٢٥٨ - وأنظر كذلك نفس فرنس ١٩٢٣/٥/٢٣ دالوز ١٩٢٣-١٤٣ .

(٢) ويدخل في ظروف التعاقد التي تمل على المتعاقد واجب الإفصاح والبيان ، بحيث يتسبب سكوته تدليساً مخولاً بإبطال العقد ، يدخل في تلك الظروف ما تعلق منها بالمتعاقدين نفسيهما . فكلما كانت الظروف تقول لأحد المتعاقدين . وفقاً لنزاهة التعامل ومقتضيات حسن النية ، أن يضع ثقته في المتعاقد الآخر بأن يكشفه عن أمر من الأمور التي يعلق عليها أهمية في إبرام العقد على النحو الذي أبرمه عليه . فإن سكوت هذا الأخير عدل عن مكاشفته به يتسبب إلى مرتبة التدليس . وعلى الأخص إذا كان هو الذي استطاع أن يوحى إلى غيره بأن يضع ثقته فيه . انظر في هذا الخصوص : باريس ٢٢ يناير ١٩٥٢ ، Gaz. Pal ١٩٥٢-١٣٧ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد كبار تجار الصور الفنية Tableaux باع لأحد الأشخاص . من ليست لهم دراية فيها ، ثلاثة منها ، بشئ يزيد على قيمتها ، على نحو يتجاوز كثيراً الربح المأمول . بعد أن قدم له ما يدل على صوابه في فن الصور . وعلى أنه يعمل خبيراً فنياً في مجاله لدى الحكم وبأنه واسع الثراء . الأمر الذي أدى بالمشتري إلى أن يثق في أنه سوف يبيع له الصور بشئ عاقل لا يفتنه فيه غيباً كبيراً . دفع المشتري دعوى بإبطال البيع ، استناداً إلى تدليس البائع . وأجابته المحكمة إلى الإبطال ، استناداً إلى أن التاجر تركه ينخدع في قيمة الصور ، بعد أن ركن إلى الخمن الذي طلبه منه ، حالة أنه قد أوحى إليه بوضع ثقته فيه ، على نحو جعله يستغل أنه مؤلف لا يفتنه .



يثبت للقاضي<sup>(١)</sup> . أنه ما كان يرتضيه لو علم بها ، فهو يصل إلى مرتبة التدليس الذي يشوب الرضاء ، ويجعل العقد قابلاً للإبطال . بشرط أن يقع من صاحبه عن عمد .

ومثال السكوت الذي يعتبر تدليساً ، أن يكتم المؤمن له ، عن عمد وقصد . على شركة التأمين مرضاً يهدد حياته ، إن كان التأمين على الحياة . أو أن يكتم عنها وجود خطر يهدد المال المؤمن عليه . كوجود مستودع سرى للمفرقات بجواره ، إن كان التأمين على هذا المال .

ويلاحظ أن المشرع ، في خصوص ما يتدفق إلى مرتبة التدليس المبطل للعقد من غير الأفعال المادية ، لم يعرض إلا للسكوت ، فلم يعرض للكذب . فقد جاءت المادة ٢/١٢٥ تقول : « ٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن الواقعة أو ملاسة . إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو ملاسة » . ولكن يجب تعميم حكم هذه المادة على الكذب . فالسكوت هو نوع من الكذب ، فهو كذب سلبي . فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب ، بل أن تقول كل ما هو حق . ثم إن الكذب حينما تملى علينا ظروف الحال تجنبه يتدفق في حد ذاته إلى مرتبة الغش الذي هو قوام التدليس<sup>(٢)</sup> .

#### ١٦٤ - مباشرة الخيل بقصد تضليل المتعاقدين والوصول به إلى ذلك :

يظهر مما سبق أنه يلزم ، لقيام التدليس ، أن تكون هناك طرق احتيالية . وبمجرد وجود هذه الطرق الاحتيالية لا يكفي . وإنما يلزم أن تكون قد بوشرت على المتعاقدين بقصد تضليله<sup>(٣)</sup> ، وأن تصل به إلى هذه النتيجة بالفعل .

---

(١) ولقاضي الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الظروف التي اكتشفت السكوت تصل به إلى حد التدليس من غير تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض . انظر نقض فرنسي إجتماعي ١٩٤٧/١٢/٣٠ سري ٤٩ - ١ - ٢٤ .

(٢) انظر في إمكان اعتبار الكذب في بعض الأحوال الخاصة تدليساً : السهوي ، المرجع السابق نبذة ١٨١ - جمال ذكي ، نبذة ٨٠ والمراجع التي يشير إليها .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٤٢/٦٢٠ في مجموعة أحكام النقض ص ٢٧

فإن لم يقصد بالطرق الاحتيالية التفضيل ، أو قصد بها التفضيل ، ولكن لم تنجح في الوصول إليه ، فلا يعتبر التدليس قائماً<sup>(١)</sup> . ومثال الحالة الأولى

(١) انظر مع ذلك حكم محكمة استئناف Colmar الفرنسية الصادر بتاريخ ٣ يولييه ١٩٦٨ ومنشور في دالوز ١٩٧٠ ص ٢٩٧ مع تعليق Alfandari . وتتلخص الوقائع التي صدر فيها هذا الحكم في أن سيدة عقدت حبة لإبنها وإبنها ، فطلعت الإبنة في نصيب أعياها ، وأرادت أن تستأثر به لنفسها دونه ، وعاونها زوجها على ذلك ، فأخذت الأم في دارها ، وجعلها ترجع في حبها لإبنها ، ثم تبع نصيبه من الحبة لزوج ابنها بشن زهد لغاية modique . رفعت الأم دعوى إبطال البيع الصادر لصهرها ، تأسيساً على أنها كانت ضحية التدليس . وأجابتها محكمة استئناف Clomar إلى طلبها . وقد جاء في حكمها أن : « كل الأفعال غير الشريفة agissements malhonnêtes التي تستهدف مفاجأة شخص بقصد حمله على ارتضاء التزام ما كان ليقبله بغيرها يمكن أن تعتبر طرقاً تدلسية manoeuvres dolosives ، كما جاء في هذا الحكم أيضاً أن : « مناط التدليس هو التنكر لشرف malhonnêteté الذي يوحى بوسائل الاحتيال ، وليس الاغتيال tromperie الذي من شأن هذه الوسائل أن ترتبه » . وخلص الحكم إلى أنه : « لا يتصم في ضحية التدليس أن يكون قد اغتدع . ففكرة التدليس تتجاوز الغلط والإكراه » . وهكذا نرى أن هذا الحكم لا يتطلب لقيام التدليس ، أن يكون المتعاقد قد اغتدع بالفعل . بل هو لا يتطلب حتى مباشرة الطرق الاحتيالية . وإنما يكفي بالأعمال التي تم من النذالة والتعكر لشرف malhonnêteté . ولا جدال في أن المحكمة ، في خصوصية الدعوى التي صدر فيها الحكم ، قد استهدفت غاية نبيلة في ذاتها ، وهي إبطال البيع الصادر إلى زوج البنت . حتى ترجع إلى الأم النصيب الذي كانت من قبل قد وهبته إلى ابنها ، والذي ابتزها منها ابنتها وزوجها بدنانة ونفالة ونسبة . ولكن الوسيلة التي سلكتها المحكمة في الوصول إلى الإبطال لم تأت منها صائبة . فهي قد تنكرت جوهر التدليس ذاته ، الذي يقوم على اغتداع الضحية بالغلش والحيلة . ومن أجل ذلك فقد انتقد هذا الحكم انتقاداً مراراً من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين . فقد انتقده Alfandari في تعليقه الذي أشرنا إليه آنفاً . كما انتقده الفقيه الكبير Savatier في تعليقه المنشور في Rev. Trim. ص ٦٠١ . فقد انتقد هذان الفقهاء الحكم لتأسيس الإبطال على التدليس ، وإن كانا يميزكان الإبطان ذاته ، ويشيران بأنه كان الأفضل تأسيسه على الإكراه الأدي ، اعتباراً بما كان لبنت وزوجها من سطوة على الأم ، ولدت في نفسها الرجة التي جعلتها تبرم البيع . والحقيقة أنه ليس في وقائع القضية السابقة لا تدليس ولا إكراه ، بالمداول القانوني لذين الظاهرين . ولكن أمام اعتبارات العدالة التي تمل هنا إبطال العقد ، لجأت المحكمة إلى التدليس ، ولجأ الفقهاء إلى الإكراه ، في توسع من الجميع يتجاوز المدى والحدود . والصحيح أن إبطال العقد هنا يؤسس على الاستغلال . ولو أن وقائع القضية عرضت في ظل القانون المدني المصري ، لكان من الممكن أن يؤسس الإبطال على الاستغلال ، اعتباراً بأن البنت وزوجها استغلا في الأم سطوتها الأدبية عليها ، فضلاً عن هواها الجامح لإرضائها . أما في فرنسا ، فلا زال القانون -

أن يتقدم شخص إلى آخر بشهادات كاذبة توحى بأن منزله يبلغ من القوة ودقة البناء حداً كبيراً ، غير مستهدف من وراء ذلك إلا مجرد التظاهر والتباهي ليس إلا ، وبعد مدة طويلة ، يكون خلالها قد نسى ما فعل ، يرتضى ذلك الشخص الآخر شراء المنزل ، متأثراً بتلك الشهادة<sup>(١)</sup> . ومثال ذلك أيضاً أن تعلن شركة عن بيع عقار ذاكرة إيراداً له يزيد قليلاً عن إيراده الحقيقي<sup>(٢)</sup> . أما الحالة الثانية ، فمثلاً أن تبشر الطرق الاحتيالية على شخص معين ، بقصد إيهامه بأمر ما ، ولكنه مع ذلك لا يتخدع بها<sup>(٣)</sup> .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لقيام التدليس ، أن تستعمل ، في مواجهة المتعاقد ، طرق احتيالية<sup>(٤)</sup> أو حيل ، بقصد تفضيله ، وأن تصل

= لا يعترف بالاستغلال كمعب يشوب الرضاء . ويجوز كذلك ، سواء في فرنسا أو في مصر ، تأسيس لإزالة البيع على المسؤولية التصيرية ، اعتباراً بأن الأفعال التي صدرت من البت وزوجها نحو الأم ، والتي قوامها التفكير لشرف ، تقع منبها عملاً خاطئاً يستوجب تعويض الضرر الناتج عنها ، إعمالاً للمسؤولية التصيرية ، وأن غير تعويض هنا هو اعتبار البيع الذي استهدفت هذه الأفعال كأن لم يكن . انظر عكس ما ذهبنا إليه بمصدر نقد الحكم التعليق المنشور في مجلة Rev. Trim. de dr. Civil ١٩٧٠ ص ٧٥٥ .

(١) ففي مثل هذه الحالة ، لا يستطيع المشتري أن يطلب إبطال البيع على أساس التدليس . إذ أن البائع لم يقصد باخيلة التي اتبناها تفضيله التضييل الذي يحمله على التعاقد . ولكن يسوغ له أن يتسكك بإبطال البيع على أساس الغلط ، إذا توافرت شروط إعماله .  
(٢) راجع نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ السابقة الإشارة إليه .

(٣) ويلاحظ أن بعض أحكام القضاء الفرنسي تتوسع إلى حد بالغ في الطرق الاحتيالية أو الحيل المكونة للتدليس . فقد قضى بأنه يدخل في هذه الحيل استغلال أحد الماعدين الضعف العقل في المتعاقد الآخر ( انظر نقض - عرائض - ٣ مايو ١٨٩٩ ، دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٦١ ) أو عدم خبرته ( باريس ١٩٥٣/١/٢٢ ، J.C.P. ١٩٥٣ - ٢ - ٧٤٣٥ ، ومنشور أيضاً في Caz. Pal. ١٩٥٣ - ١ - ١٣٧ ) ، أو وجه الضعف فيه كيله إلى السكر . والحقيقة أن هذه الأمور كلها لا تعتبر طرقاً احتيالية بما يلزم لقيام التدليس . ولكن المحاكم الفرنسية رأت فيها ذلك متأثرة بظروف الدعوى التي تقضى بإبطال العقد عدالة . وقد أغنانا القانون المصري عن هذا النوع من الاجتهاد القضائي الذي لا يتفق مع حقيقة حكم القانون ، وذلك عن طريق الأخذ بمبدأ جديد من مبرر الرضاء لا يقول به القانون الفرنسي ، ألا وهو الاستغلال . إذ يمكن للاستغلال أن يصل بنا إلى إبطال العقد في الأحوال التي ذكرناها .

إلى تفضيله. بالفعل . واستعمال الطرق الاحتمالية يعتبر العنصر المادى فى التدليس . أما قصد التفضيل ، فهو عنصره المعنوى .

وقيام التدليس بعنصره المادى والمعنوى مسألة واقع تخضع فى تقديرها لقائضى الموضوع ، الذى له أن يقدر ما إذا كان التدليس متوافراً من عدمه ، دون أن يخضع فى تقديره لتعقيب محكمة النقض : ما دام حكمه قد قام على أسباب سائفة تبرره<sup>(١)</sup> .

#### ١٦٥ - الشرط الثانى - وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به :

لا يكفى ، بحسب الأصل ، لاعتبار رضاء المتعاقد مشوباً بالتدليس ، أن توجه إليه طرق احتمالية تصل إلى تفضيله . وإنما يلزم أن تكون هذه الطرق الاحتمالية موجهة إليه من المتعاقد الآخر أو من نائبه ، أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر ، عند إبرام العقد ، عالماً بتلك الحيلة ، أو مقروضاً فيه حتى أن يعلم بها . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٦ بأنه : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المقروض حتى أن يعلم بهذا التدليس » .

فالمادة ١٢٦ تملئ شرطاً ثانياً أساسياً لإعمال التدليس ، يتمثل فى وجوب أن يكون التدليس الموجه إلى المتعاقد ، والذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، متصلاً بالمتعاقد الآخر . وهو يعتبر كذلك بادية ذى بدء إذا كان هذا المتعاقد الآخر هو الذى لجأ بذات نفسه إلى الحيلة ، أو لجأ إليها نائبه . (المادة ١/١٢٥) .

وتقتضى منا روح نظام التدليس أن نتوسع فى تفسير المقصود بكلمة « نائب » فى قول المادة ١/١٢٥ بقيام التدليس إذا وقعت الحيلة من المتعاقد

---

(١) انظر نقض ١٩٧٣/٣/١٣ طعن ٣٨/٣٩ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٣٩٦ رقم ٧٠ - نقض ١٩٥٥/١٢/١٥ مجموعة النقض س ٦ ص ١٥٨٢ رقم ٢١٨ - نقض ١٩٦٤/٢/٢٠ طعن ٢٩/٣٠١ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٢٦٣ رقم ٤٦ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٤ ، طعن رقم ٩٧٥/١٠ مدنى ، الحامى س ٦ ج ٧ ص ٤٦ .

الآخر أو من « نائبه » . فليس يلزم هنا التقييد بالمدلول القانوني الصارم لاصطلاح « النائب » . كما هو الشأن بالنسبة إلى الولى والوصى والوكيل والخازن القضائى والسنديك . وإنما ينبغى التوسعة فى هذا المدلول ليشمل كل من يعمل لصالح المتعاقد الآخر بتكليف منه . كالسمسار الذى يكلفه بالعمل على إجراء الصفقة ، وكتابعه الذى يعمل لحسابه . ولاصعوبة بالنسبة إلى السمسار المكلف . فإدام التعاقد قد لجأ إليه وكلفه بإبرام الصفقة ، فإنه يتحمل نتيجة ما يلجأ إليه من الغش والخدعة بالنسبة إلى إبطال العقد : اعتباراً بأنه فى حكم نائبه . أما بالنسبة إلى التابع . فالأمر أكثر سهولة : لأن المتبوع ، ان لم يسأل عن تدليس تابعه باعتباره فى حكم نائبه إعمالاً للمادة ١٢٥ / ١ ، فإنه يمكن مساءلته عنه وإبطال العقد بسببه . تأسيساً على مسئولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه ( المادة ١٧٤ ) . اعتباراً بأن الإبطال هنا يتمثل تعويضاً عينياً مناسباً عن الضرر الذى يلحق التعاقد المدلس عليه .

وهكذا يعتبر التدليس متصلاً بالتعاقد الآخر الذى يتمسك ضده بإبطال العقد . فى الحالة التى تصدر فيها الحيل منه أو من نائبه . بالمعنى الواسع لكلمة نائب .

أما إذا وقع التدليس من الغير : فلا يعتبر متصلاً بالتعاقد الآخر ، وبالتالي محولاً لطلب الإبطال . إلا إذا كان هذا قد علم . عند إبرام العقد : بصدوره . أو كان فى استطاعته حينئذ أن يعلم به . لو أنه بذل من الحرص ما يبذله الشخص العادى : لو كان فى مكانه .

وعبء إثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به إذا كان واقعاً من الغير يقع على عاتق المتعاقد المدلس عليه والذى يتمسك بإبطال العقد . فالبينة على من ادعى .

والغاية التى يتوخاها المشرع من تطلب أن يكون التدليس متصلاً بالتعاقد الآخر ، على نحو ما بينا . هى العمل على تقرير الأمن والاستقرار للتعامل ، عن طريق عدم تعريض هذا التعاقد الآخر للإبطال تأسيساً على التدليس ، إلا إذا أمكن أن يعزى إليه ما يبرر تحمله نتيجة .

فالتدليس الواقع على أحد المتعاقدين من الغير ، حالة كون المتعاقد الآخر لم يعلم به ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، أو لم يكن من المفروض حتماً أن يعلم به ، كما تقول المادة ١٢٦ ؛ ذلك التدليس يقع ، في حدود اعتباره تدليساً ، غير مؤثر في العقد ، ولا ينحل صحته طلب إبطاله ، حتى ولو كان في واقع الأمر قد ضلل به وانخدع <sup>(١)</sup> . بيد أنه إذا تعلز هنا على من ضلل وخدع أن يتمسك بالتدليس ، فإنه يجوز له ، بطبيعة الحال ، أن يتمسك بالغلط ، إذا توافرت فيه شروطه ، كما أنه يجوز له أن يرجع بالتعويض على من دلس عليه ، تأسيساً على المسؤولية التقصيرية ، اعتباراً بأن التجاء هذا الأخير إلى الطرق الاحتمالية بقصد تغيره وخديعته وحمله بذلك على التعاقد ، يمثل منه أمراً خاطئاً قد أحدث له الضرر .

#### ١٦٦ - متى استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالتعاقد الآخر :

رأينا أنه يلزم ، لإعمال التدليس كميبي يشوب الرضاء ، ويؤدي بالتالي إلى وقع العقد قابلاً للإبطال ، أن يكون متصلاً بالتعاقد الآخر ، بأن يصدر منه بذات نفسه ، أو من نائبه ، أو أن يكون عالمياً بالتدليس عند إبرام العقد ، أو مفروضاً فيه حتماً العلم به عندئذ ، إذا كان التدليس من الغير <sup>(٢)</sup> . ولكن هل يعتبر لزوم وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به ، في الحلود التي بينها ، شرطاً عام التطبيق ، بمعنى أن يتوجب إعماله بالنسبة إلى كل التصرفات ، حتى ما قام منها على أساس التبرع ، أم أنه يمكن أن يستثنى من إعماله هذا النوع الأخير من التصرفات ؟

(١) ويلاحظ أن استلزام حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به لا يتسق مع مبدأ سلطان الإرادة في حد ذاته . فلو في هذا المبدأ وجوب أن تعطى الشخص الفرصة في أن يتحمل من المقء ، كلما كان رضاه به غير سليم . ولا شك أن رضاه المدلس عليه يقع فاسداً إذا جاء نتيجة التضليل ، سواء أكان المدلس هو المتعاقد الآخر أم أجنبياً ، وسواء أكان المتعاقد الآخر يعلم بالتدليس أو يجهله . ولكن المشرع لاحظ ، من ناحية أخرى ، أنه إذا بق المتعاقد الآخر أجنبياً من التدليس ، لم يلجأ إليه ولم يكن يعرفه وما كان في مكته أن يعرفه ، فإنه يكون جديراً بالرعاية وعدم تفحيط مصلحته في سبيل مصلحة المدلس عليه . وسبب هذا الأخير أن يرجع بالتعويض المناسب في مواجهة الأجنبي الذي دلس عليه ، إذ أن التدليس يعتبر من هذا الأجنبي عملاً غير مشروع ، من شأنه أن يثقل مسؤوليته التقصيرية .

إن صياغة المادتين ١٢٥ / ١ و ١٢٦ توحى لنا بالقول بعمومية الشرط الذى نحن بصدده ، والقول بوجوب تطلبه ، حتى لو كان التصرف الملعون فيه بالتدليس تبرعاً . فقد جاءت المادتان السابقتان بتطلبان صدور التدليس من التعاقد الآخر أو علمه به على نحو مطلق غير مقيد بنوع أو بآخر من التصرفات .

ومع ذلك فنتحن أميل إلى القول بقصر إعمال شرطنا على المعاوضات وحدها دون التبرعات . إذ ذلك لأن الغاية التى يستهدفها المشرع من فرضه ، بمخالفة القاعدة الأساسية التى توجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب ، هى إحاطة التصرف بالأمن والاستقرار أو عدم تضيحية مصلحة التعاقد الآخر الذى يعمل التدليس لإضراراً به ، إلا إذا كان يستحق أن يضحى بمصلحته . وهذه الحكمة لا تتوافر إلا فى المعاوضات ، دون التبرعات . فى المعاوضات يعطى العاقد مقابل ما يأخذ ولا يحصل عليه بالهجان ، الأمر الذى يستوجب التحرز عند تقرير إبطال عقده تأسيساً على التدليس أو على غيره من كافة عيوب الرضاء . والأمر فى التبرعات جد مختلف . فى التبرع ، كالهبة مثلاً . لا يعطى المتبرع له مقابل ما يأخذ . فكل أثر الإبطال بالنسبة إليه هو حرمانه من فائدة محضة لا يدفع عنها ثمناً ، وبعبارة أخرى حرمانه من غنى لا يتحمل فى سبيله غرمًا . وهكذا فإذا نظرنا إلى الأمر من زاوية المتبرع له ، وجدنا أن الغاية التى يتوخاها المشرع بتقييد الإبطال المؤسس على التدليس وعلى غيره من عيوب الرضاء الأخرى ، لا تتوافر . ويندم هذا النظر أكثر وأكثر إذا نظرنا إلى الأمر من زاوية المتبرع الذى يقع ضحية التدليس . فالمتبرع يعطى ، ولا يأخذ مقابل ما يعطى . فهو بتبرعه متفضل . وهذا ينبى أن تكون إرادته سليمة لا تشوبها شائبة ، بغض النظر عن دور التعاقد الآخر فيما عساه أن يؤدى إلى فسادها .

مكلاً نصل إلى أنه تمثيلاً مع مقتضى الغاية التى يتوخاها المشرع بفرضه فى المادتين ١٢٥ / ١ و ١٢٦ ، شرط صدور التدليس من التعاقد الآخر أو علمه به ، يتعين قصر إعمال هذا الشرط على المعاوضات وحدها دون

التبرعات . وما يؤيد هذا النظر أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التهديدي جاءت تصرح به <sup>(١)</sup> ، كما أن له صدى قوياً في الفكر القانوني الفرنسي فقهاً وقضاءً <sup>(٢)</sup> . وقد نص عليه القانون المدني الكويتي على نحو قاطع (المادة ١٥٤) <sup>(٣)</sup> .

### ١٦٧ - الشرط الثالث - يلزم أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

الشرط الثالث والأخير لإعمال التدليس . باعتباره عيباً يشوب الرضاء . ويؤدي بالتالي إلى قابلية العقد للإبطال ، هو أن يكون دافعاً إلى التعاقد ، بمعنى أن يثبت للقاضي أن المتعاقد الذي وقع ضحية التضليل والخداع ما كان ليبرم العقد . على نحو ما أبرمه عليه ، لولا تلك الحيل التي أوصلته إلى أن يتخدد .

فلذا ثبت أن التدليس لم يكن هو الدافع إلى التعاقد ، بأن لم تبلغ الحيل المستعملة فيه إلى حد تضليل المتعاقد . أو وصلت إلى ذلك الحد . ولكن الطرف المضلل كان ليرضى العقد ، بنفس الشروط التي قام عليها ، حتى لو لم يضل ، في مثل هذه الحالة . لا يكون للتدليس أثر على صحة العقد .

(١) جاءت المذكرة الإيضاحية المادة ١٧٤ من المشروع التهديدي ، التي أصبحت بعد تعديلها المادة ١٢٦ من القانون ، جاءت هذه المذكرة ، ، بعد أن أوردت المبدأ العام القاضي بعدم إعمال التدليس إلا إذا كان صادراً من المتعاقد الآخر أو كان هذا علماً به ، تقول : « يختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهي تعتبر قابلة للإبطال ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعمل بتدليس الغير . ولم يكن يستطيع أن يعلم به . لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب الغيب » .  
(٢) يلاحظ أن الفكر القانوني في فرنسا يسير على استقائه التبرعات من شرط صدور التدليس من المتعاقدين الآخرين ، ورغم عدم وجود نص يقرره . ويستند هذا الرأي الذي يقول به الفقه والقضاء على سواء ، إلى وجوب أن تكون نية التبرع سليمة خالصة من الشوائب ، فضلاً عن استناده إلى فكرة أن درء المفارم مقدم على جلب المفاتم . انظر في هذا الاتجاه : *Mazeaud* المرجع السابق نبذة ١٩٢ - *Marty et Raynaud* المرجع السابق نبذة ١٣٦ - *Lossouran* في تعليقه على حكم *Colmar* ١٩٧٠/١/٣٠ ، *Sem. Sur.* ١٩٦٠/٢/٢٩٧١ . وانظر *السبوري* ، الوسيط ج ١ نبذة ١٨٣ . وانظر نقض مدني فرنسي ١٨/٥/١٩٢٥ . وانظر كذلك *Pau* الفرنسية ١٩٥٣/١٢/١٧ ، *Gaz. pal.* ١٩٥٤ - ٨٦ .

(٣) تنص المادة ١٥٤ مدني كويتي على أنه : « ... يجوز ، في عقود التبرع ، طلب إبطال العقد ، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس ، دون اعتبار لمن صدرت الحيل عنه . »



ويلاحظ أن ثمة رأياً كان سائداً في الفقه قديماً يفرق ، بصدد التدليس ، بين ذلك الذي يدفع ضحيته إلى ارتضاء التعاقد ذاته ، ويطلق عليه التدليس. الدافع *dol déterminant* أو التدليس الأصلي *principal* ، وذلك الذي يؤدي بضمحيته ، لا إلى قبول مبدأ التعاقد ذاته ، ولكن إلى مجرد ارتضاء شروط أشد وقرراً من تلك التي كان ليقبلها لولاه ، ويطلق عليه التدليس غير الدافع أو التدليس العارض *dol incident* ، ويجعل من الأول وحده عيباً يشوب الرضاء وينحول بالتالي. طلب لإبطال العقد ، في حين أنه يقصر أثر الثاني على مجرد التعويض ، اعتباراً بأنه لا يعيب الرضاء بالمقد ، ولكنه يقع عملاً غير مشروع ينحول التعويض عن الضرر الناجم عنه فحسب . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن يتفق شخصان على بيع منزل معين ، من حيث المبدأ ، ثم يلجأ البائع ، في سبيل حمل المشتري على ارتضاء ثمن أكبر ، إلى حيل توهمه بكبر ريعه ، كما إذا أبرز له عقود لإيجار صورية تدل على ارتفاع الإيراد الذي يفلح . ففي هذه الحالة ، يقول الرأي الذي كان سائداً في الفقه قديماً أن التدليس لا يؤدي إلى إبطال البيع . اعتباراً بأنه لم يدفع المشتري إلى ارتضاءه في ذاته ، وإنما دفعه إلى ارتضاء ثمن أكبر فحسب . ولكنه يعتبر عملاً غير مشروع . ينحول التعويض عن الضرر عنه : إعمالاً للمسئولية التقصيرية . ويتمثل هذا التعويض في الفرق بين الثمن الذي التزم به المشتري. نتيجة التدليس ، وبين المبلغ الذي كان ليرضيه لو لم يقع فيه <sup>(١)</sup> .

(١) انظر من يقولون بهذا الرأي : Aubri et Rau ، ج ٦ نبة ٣٤٣ مكرر وهامش ٧١ و ٧٢ - Beudant ج ٨ نبة ١٤٢ - Demogue ج ١ نبة ٣٧٧ . وانظر من أحكام القضاء المصري : استئناف مخطط ٣٠ مارس ١٩٣٥ ، Bul ٤٧ ص ١١٣ . وقد جاء في المشروع التمهيدى نص يأخذ بهذا الرأي ، وهو نص المادة ١٧٥ منه ، الذي جاء يقول : « التدليس الذي يحصل المقد أثقل حياً ، دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، لا يعطى المدلس عليه إلا الحق في مطالبة المدلس بالتعويض » . وعلقت المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى على هذا النص قائلة : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استنراجه إلى قبول شروط أشد وقرراً ما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع . فلا يعتبر حياً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس ، ترتب عليه مسئوليته وبطلان الحق في طلب التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد العاقدين أم من أجنبي عن » .

والرأى الذى يفرق بين التدليس الذى يدفع المتعاقد إلى قبول التعاقد فى ذاته وذلك الذى يقتصر أثره على دفع المتعاقد إلى قبول شروط فى التعاقد أبسط وأشد مما كان يرتضيه لو لم يضل ؛ هذا رأى منتقد فى الفقه الحديث . والتقد فى رأينا على حق . ذلك لأن الصفقة كل لا يتجزأ . وإرادة المتعاقد بدورها لا تتجزأ . فالمتعاقد بارتضائه العقد ، يقبله بالشروط الذى يتم هذا العقد عليها . فإذا جاء قبوله تلك الشروط نتيجة الخداع ، والتضليل ، فإرادته كلها قد تعيب . ولا يسوغ هنا تميز الإرادة بمقولة إن الجزء الأساسى منها : وهو ذلك المنصب على قبول التعاقد ذاته ، قد جاء صحيحاً ، وأن العيب لم يلحق إلا الجزء الباقى المتعلق بشروط العقد . وعلى هذا فلا معنى إطلاقاً للقول بأن ما يطلق عليه التدليس العارض بالمفهوم الذى ذكرناه ، لا يعيب الرضاء ، ولا ينحول بالثالث الحق فى طلب الإبطال . وهذا هو رأى الذى أصبح يسود فعلاً الآن فى الفقه الفرنسى <sup>(١)</sup> ، ويقول به بعض الفقهاء فى مصر <sup>(٢)</sup> . كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أبدته <sup>(٣)</sup> .

على أنه يلاحظ أنه فيما أطلق عليه التدليس العارض يكون للتدليس عليه ، إن شاء ، أنه نجح عن التمسك بإبطال العقد ، ويرجع على من دلس عليه بالمسئولية التصديرية ، تأسيساً على أنه قد أخطأ حيث لجأ بالحيلة إلى خديعته .

---

= العقد . ولم يأت هذا النص فى القانون المدنى ، فقد حفظه لجنة المراجعة ، اعتباراً منها بأنه يقرر حكماً « تكفى فيه قواعد المسئولية » . ( راجع مجموعة الأعمال التصديرية لقانون المدنى المصرى ، ج ٢ ص ١٧٥ ) .

(١) انظر من الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بهذا رأى : Marty et Raynaud ، الالتزامات نبذة ١٣٨ - Mazeaud ، ج ٢ نبذة ٢٠٣ - Planiol Pipert et Boulanger ، ج ٢ نبذة ١٨٥ - Planiol, Ripert et Esmein ، ج ٦ نبذة ٢٠٧ - End. Daloz - de droit civil ، رقم ٢٤ - De Page ، المرجع السابق ، نبذة ٥١ .

(٢) انظر من الفقهاء المصريين الذين يبنون التفرقة بين ما يسمى بالتدليس الأصل والتدليس العارض : السجورى ، المرجع السابق نبذة ١٦٤ - وانظر فى حكاى هذا الاتجاه : أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ١٣٢ - حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ١٧٥ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٧٠ .

(٣) انظر : نقض فرنسى مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٥٤ ، دالوز ١٩٥ ص ٢٥٤ .

وهكذا يستطيع الوصول إلى رفع ماجاء نتيجة التدليس من إيهاف في شروط العقد ، مع إبقائه هو في ذاته قائماً ، اعتباراً بأن ذلك يجبر له الضرر الذي سببه التدليس <sup>(١)</sup> . وهذه المثابة يرى الشخص الذي يقع ضحية لما يسمى بالتدليس العارض نفسه بين خيارين . له أن يسلك أيهما يراه له أنفع : فإما أن يتمسك بإبطال العقد تأسيساً على التدليس ، وإما أن يبق عليه . مع وصوله إلى رفع ماجاء نتيجة التدليس من إيهاف عليه في شروط العقد ، تأسيساً على المسئولية التقصيرية .

يخلص مما سبق أنه يلزم لإعمال التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء من شأنه أن يؤدي إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ، أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . وسواء في ذلك أن يكون هو الذي دفع ضحيته إلى ارتضاء العقد ذاته . أم أن أثره عليه اقتصر على جملة يرتضى العقد بشروط أقسى وأشد مما كان يقبله عليها لولاه .

وعبء إثبات كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد يقع بالضرورة على عاتق ضحيته ، شأنه في ذلك شأن باقي شروط التدليس . والمسألة من بعد مسألة واقع ، تدخل في رحاب السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ، الذي يترخص له أن يقضى فيها بدون معقب عليه من محكمة النقض ، طالما جاء قضاؤه على أسباب سائفة من شأنها أن تحمله <sup>(٢)</sup> .

#### ١٦٨ - أثر التدليس :

إذا توافرت في التدليس الشروط التي بينها ، أنتج أثره . ويتركز هذا الأثر في جعل العقد الذي يقوم على أساسه قابلاً للإبطال لمصلحة المدلس عليه . على النحو الذي سنبينه فيما بعد ، عند الكلام في نظرية البطلان . وإذا كان التدليس يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلاً للإبطال ، فإن ذلك لا يمنع من أنه يعتبر في ذاته عملاً غير مشروع ممن وقع منه ، وغولاً

(١) راجع Mazeaud ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ .

(٢) انظر في ذلك تمييز الكويت الصادر في الطعن رقم ١٩٧٤/٥٦ تجارى .

ضحيتها ، على هذا الأساس ، الحق في تعويض الضرر الناجم له عنه ، إن كان هذا التعويض محل<sup>(١)</sup> .

### ١٦٩ - هل يفنى نظام الغلط عن التدليس :

رأينا أن التدليس . إذ يؤدي إلى تضليل المتعاقد وإيهامه بأمر يخالف الواقع . ويجره بذلك إلى التعاقد ، فإنه يؤدي بضحيتها إلى إيقاعه في الغلط . كل ما في الأمر أن الغلط الناجم عن التدليس هو غلط مدبر قصد المدليس إيقاع المتعاقد فيه ، وأفلح فعلاً في جره إليه : بالحيلة والخديعة والتضليل ، في حين أن الغلط العادي يتولد في ذهن المتعاقد تلقائياً ، من غير أن يدفع إليه . أو في الأقل من غير أن يدفع إليه بالحيلة والخداع والغش<sup>(٢)</sup> .

ولقد كان للتدليس أهمية قصوى في الفكر القانوني . عندما كانت تسوده النظرية التقليدية في الغلط الموروثة عن الأقدمين ، بل إنه لا زالت له هذه الأهمية في ظل القوانين التي بقيت متأثرة بهذه النظرية ، كما هو الشأن في القانون الفرنسي . فالغلط العادي ، وفقاً للنظرية التقليدية العتيقة . لا يعيب الرضاء ويؤدي إلى إبطال العقد في كل الأحوال . حتى لو كان هو الدافع إلى التعاقد . فهو لا يعيبه إذا انصب على القيمة أو على الباعث الشخصي<sup>(٣)</sup> . ولكن التدليس . يعيب الرضاء . كلما كان هو الدافع إلى التعاقد . دون اعتداد بالأمر الذي ينصب عليه الغلط الناجم عنه . وهكذا يصلح التدليس

(١) وإذا كان التدليس يمثل . من ناحية أولى ، عيباً يشوب الرضاء ، ويعتبر ، من ناحية ثانية ، عملاً غير مشروع ، فإنه يكون لضحيته الخيار بأن يتسكك بالاعتبار الأول فيطلب إبطال العقد ، أو أن يتسكك بالاعتبار الثاني فيبقى على العقد ، مقتصرأ على طلب التعويض عن الضرر الذي ناله ، إعمالاً للمسئولية التقصيرية ( انظر في ذلك على وجه الخصوص : *Marty et Raynaud* : المرجع السابق نبذة ١٣٨ - *Mazeaud* ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ ) . بل إنه إذا وقع اختيار ضحية التدليس على الأمر الأول ، وطلب إبطال العقد ، وكان من شأن هذا الإبطال . إذا ما قضى له به ، ألا يرفع عنه كل الضرر ، وإنما يبقى له ضرر ناتج عن تفويت الصفقة عليه . فإنه يكون له الحق في التعويض عن هذا الضرر . وهذا الحكم يتصل تطبيقاً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٥ .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٤٧ .

أساساً لإبطال العقد ، في حالات يقصر الغلط العادى ، على نحو ما نقول به النظرية التقليدية ، عن أن يتناولها . وهذا هو السبب الرئيسى الذى أدى فى الأصل إلى وجود التدليس جنباً إلى جنب مع الغلط .

أما وفقاً للنظرية الحديثة التى تسود فى الفكر القانونى المعاصر ، والتى تبناها قانوننا المدنى . فقد أطلقت فكرة الغلط من عقلمها ، ولم يعد إعمالها حبيس دائرة محدودة . كما كان الحال فى الماضى . وأمكن للغلط أن يعيب الرضاء : كلما كان هو الدافع إلى التعاقد : بغض النظر عن ذاتية الأمر الذى ينصب عليه<sup>(١)</sup> .

وقد كان من شأن هذا التحول فى فكرة الغلط أن أدخل ، فى وقتنا الحاضر . سؤال يطرح نفسه فى إلحاق على الفكر القانونى عامة . وعلى العمل التشريعى خاصة ، فهل ظلت لنظام التدليس أهمية خاصة بحيث تبرر الإبقاء عليه إلى جانب الغلط . أم أنه أصبح يكون مجرد ازدواجية مع الغلط . نبحث فيما يمكن أن يستفنى بهذا عنه ؟

١ : وأمام هذا التساؤل الهام . انشطر الفكر القانونى شطرين : ففريق يرى أن الغلط . وقد أصبح عيباً منطلقاً من شأنه أن يؤدى إلى إبطال العقد فى كل الحالات التى يكون فيها هو الدافع إلى التعاقد : فإنه لم تعد ثمة ضرورة لبقاء التدليس إلى جانبه . وأنه من الممكن أن يجتزأ به عنه<sup>(٢)</sup> . وقد تجاوزت بالمعمل بعض التشريعات مع هذه الفكرة ، حيث أغفلت التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضاء<sup>(٣)</sup> .

٢ : وفريق آخر ، وإن سلم بأن الغلط أصبح من شأنه أن يغطى كل الحالات التى يمكن للتدليس أن يؤدى فيها إلى إبطال العقد : إلا أنه يقول مع ذلك بفائدة وجود التدليس كنظام مستقل ، متدرعاً بسهولة إثبات التدليس من وجه

(١) راجع ما سبق ، نبرة ١٤٨ و ١٥١ .

(٢) انظر فى هذا الاتجاه : *Planioi et Ripert* ج ٢ نبرة ١٠٦٦ *Demogue* نبرة

٣٦٤ - السهوى ج ١ نبرة ١٨٥ .

(٣) وهذا هو الشأن على وجه الخصوص فى القانون البرتغالى ( المادة ٦٥٧ و ٦٦٣ ) .

وبأن التدليس ، من وجه آخر ، يتمثل عملاً خاطئاً يمكن له أن ينهض دعامة لقيام المسؤولية التصهيرية ، إلى جانب كونه عيباً يشوب الرضاء (١) ، ويجعل العقد بالتالى قابلاً للإبطال .

والواقع أن كون التدليس أسهل في الإثبات ، أو أنه ينهض دعامة لقيام المسؤولية التصهيرية ، لا يصلحان سببين كافيين لتبرير وجود نظام التدليس كعيب مستقل يشوب الرضاء . فليس يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون من شأن النظام الواحد أن يكون إثباته أسهل في حالة من حالات أعماله منه في حالة أخرى . ثم إن إمكان قيام التدليس دعامة للمسؤولية التصهيرية ، لا يمت بصلة إلى كونه عيباً يشوب الرضاء . فرد ذلك إلى اعتبار آخر ، وهو كون التدليس يقوم على خطأ من صاحبه ، شأن التدليس في ذلك شأن الإكراه .

والحقيقة إنه لم تعد في ظل قانوننا الحالي ، ثمة فائدة تذكر من الإبقاء على نظام التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . ففي أعمال نظام الغلط ما يغني عنه . فقد رأينا ، من ناحية أولى ، أن الغلط يفسد الرضاء . كلما كان جوهرياً ، أى دافعاً إلى التعاقد ، ومتصلاً بالمتعاقدين الآخر ، بأن كان هذا قد وقع بدوره فيه ، أو كان يعلم بوقوع غريمه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . ورأينا ، من ناحية ثانية ، أن التدليس يعيب الرضاء بدوره ، كلما كان دافعاً إلى التعاقد ، حاصلاً من الطرف الآخر ، أو كان هذا عالماً به ، أو كان هذا العلم مفروضاً فيه . وهكذا ففي كل حالة يقع فيها التدليس مؤثراً في العقد ، نجد أنفسنا أنه أدى إلى وقوع المتعاقد في غلط جوهرى ، حالة كون المتعاقد الآخر يعلم بوقوعه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . أى أننا نجد أنفسنا في حالة تكفى قواعد الغلط ذاتها . لاعتبار الرضاء فاسداً محولاً طلب الإبطال .

هكذا نصل إلى أنه ، وفقاً لأحكام قانوننا ، لم تعد هناك فائدة تذكر

---

(١) انظر في ذلك مجموعة الأعمال التصهيرية للقانون الملقى المصرى ج ٢ ص ١٧٢ .

من الإبقاء على نظام التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . إذ أن نظام الغلط يمكن له أن يغني عنه .<sup>(١)</sup>

ولعل الأمر الوحيد الذي يفارق بين الغلط والتدليس ، في حدود كونهما عيبين يشوبان الإرادة ، ويؤديان إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال ، لعل هذا الأمر يتمثل في أن المشرع أعطى ، في حالة الغلط للمتعاقد الآخر الحق في أن يجنب نفسه الضرر الناجم عن إبطال العقد ، إذا اقتضت ذلك اعتبارات حسن النية ( المادة ١٢٤ ) . كما إذا عرض على المتعاقد الغالط أن يقوم العقد بينهما على نحو يتفق مع حقيقة ما اعتقده<sup>(٢)</sup> ، ولم يعط مثل هذا الحق في حالة التدليس . وقد دعاه إلى ذلك التفريق بين النظامين ما لاحظته من أن الغلط أمر تلقائي ، يقع فيها المتعاقد من تلقاء نفسه . فالأمر إذن مرجعه في الأصل إليه . من هنا أمكن للمتعاقد الآخر ، حتى لو كان يعلم بالغلط ، أن يجنب نفسه الضرر الذي يترتب له عن الإبطال . أما في التدليس ، فالمتعاقد لا يقع في الغلط من تلقاء نفسه ، إنما نتيجة الخداع والتفصيل من المتعاقد الآخر ، الأمر الذي يجعل هذا الأخير غير جدير بذلك القدر من الفرق في المعاملة .

#### ١٧٠ - التدليس أو التزوير في الفقه الإسلامي :

التدليس<sup>(٣)</sup> ، أو التزوير أو الخلافة<sup>(٤)</sup> نظام معروف في الفقه الإسلامي . وله فيها مكان رحب ، مع تفاوت في المذاهب<sup>(٥)</sup> .

(١) راجع ما سبق ، نية ١٥٥ .

(٢) يستعمل اصطلاح « التدليس » في الفقه الإسلامي في معنيين . فتارة يقصد به معنى واسع يتفق مع مدلوله في القانون المعاصر . وتارة أخرى يقصد به إغواء العيب في العقود عليه ، كما إذا أغنى البائع حل المشتري حياً في المبيع .

(٣) الخلافة ( بكسر الخاء ) معناها في اللغة الخديعة . ويفضل بعض الفقهاء ( انظر مصطلح الزرقاء ، المرجع السابق ج ١ نية ١٨٦ ) إطلاق اصطلاح الخلافة باعتبار أنه يستوعب كل صور الخديعة في التعاقد ، وأن التزوير والتدليس يعتبران صورتين من صور الخلافة .

(٤) فأوسع مذاهب السنة إعمالاً للتدليس أو التزوير هو المذهب المالكي ثم المذهب الحننيلي يليهما . المذهب الشافعي . ومظهر التضييق عند الشافعية ، أنهم لا يأخذون بالتزوير إلا إذا كان من شأن الخيلة أن تتحلل على غالب الناس ، أما إذا انطلت على المتعاقد ، وما كانت لتعطل على غيره من -

وكان طبيعياً أن يأخذ الفقه الإسلامى بنظام التفرير أو التدليس ، خلافاً لما فعله بالنسبة إلى الغلط . فهو يقوم على الحيلة والخداع والتضليل . ومن ثم فهو يقوم على أمور مادية خارجية ظاهرة . فالأخذ به إذا لا يتنافى مع الزعة الموضوعية التى تسود الشريعة السمحة . وهذا بخلاف الغلط الذى يقوم . كما رأينا . على توهم يخالف الحقيقة ، ويتولد تلقائياً فى ذهن المتعاقد ، من غير أن يدفع هو إليه من شخص آخر . بل إن الشريعة الإسلامية باعتبارها شريعة سماوية تنفيا في الإنسان الكمال . وتحارب فيه بالتالى الفس والخذعة والاحتيايل والكذب . قد توسعت فى صور التدليس عما يقول به القانون المعاصر . فاعتدت بالكذب والكتمان فى حالات أوسع مدى مما يقول هو به .

والأصل فى التدليس ، فى الفقه الإسلامى . كما هو الحال تماماً فى القانون المعاصر . هو أنه يقوم على أفعال تستهدف تضليل المتعاقد وخذيعته وجره بذلك إلى التعاقد . وهذا ما يسمى بالتفرير أو التدليس الفعلى . وكل الطرق الاحتيالية التى تكون التدليس فى القانون المعاصر . والتى سردنا أمثلة لها ، يمكن أن تنسوى تحت التفرير الفعل فى الفقه الإسلامى . وإلى جانب ذلك . يسرد فقهاء المسلمين أمثلة تقليدية لهذا النوع من التدليس . منها التناجش أو التجش : وهو تواطؤ صاحب السلعة مع آخر على المزايدة فى ثمنها . حتى يخذع المشتري ويجعله يشتريها بثمن يؤدي إلى غيبته . ومنها التصرية . وهى ترك لب أنفى الحيوان . كالبقرة والشاة والناقة . دون حلب مدة من الزمن ، حتى يمتلئ به ضرعها . لايهام المشتري بغزارة لبنها وبكونها حلوبة<sup>(١)</sup> .

بيد أن أفعال الاحتيايل ليست لازمة لقيام التفرير فى الفقه الإسلامى . بل أن الأقوال الكاذبة تنهض . فى بعض الأحوال : تدليسا ، إذا قصد بها

١ . سواد الناس . فالشافعية لا تمنع دعوى التفرير ، احتياطاً بأن المشتري مقصر ( راجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ج ٤ ص ٧٣ و ٧٤ ) . أما المذهب الحنفى . فهو أقل مذاهب السنة اعتدالاً بالتدليس .

(١) . وقد نبى الرسول ، عليه صلوات الله ، عن التصرية بقوله : « ولا تصروا الإبل والغنم . فن ابتاعها ، فانه يجير النظرين ، بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر » . وصاع التمر فى الحديث هو مقابل اللبن المطروب .



الخدعية والتضليل . وهذا ما يسمى : في الفقه الإسلامي : بالتغيير القولي . كما أن الكتمان يصلح تغييراً في بعض الأحيان ، كما إذا كتم البائع عن المشتري عيباً في المبيع . ويلاحظ أن الفقه الإسلامي يتوسع في صور التغيير القولي عما يفعله القانون المعاصر . فإذا كان الغالب في الشريعة الإسلامية أن مجرد الكذب ، كأصل عام ، لا يكفي لقيام التغيير<sup>(١)</sup> ، إلا أن الفقهاء توسعوا في الحالات التي يعتبر فيها الكذب أو الكتمان تغييراً . وأبرز حالات التغيير القائم على مجرد الكذب ، أو التغيير القولي ، حالة الكذب في بيعوع الأمانة .

وبيوع الأمانة هي تلك التي يركن فيها المشتري إلى ذمة البائع . ويتفق معه على أن يتحدد الثمن على أساس السعر الذي يقر البائع أنه اشترى السلعة به ، مع زيادة محددة عليه ( وهنا يسمى البيع بيع المراجعة ) ، أو نقص فيه ( ويسمى البيع هنا بيع المواضعة أو بيع الوضعية ) ، أو بلا زيادة ولا نقص ( ويسمى البيع هنا بيع التولية ) . في كل هذه الحالات - يتحتم على البائع أن يكون صادقاً فيما يقوله للمشتري بشأن المبيع . وخاصة بالنسبة إلى الثمن . فإن كذب نهض كذبه تغيراً بالمشتري<sup>(٢)</sup> .

يخلص مما سبق أن الفقه الإسلامي يأخذ بنظام التغيير أو التذليس : سواء بنى على أفعال أي طرق احتيالية ( تغيير فعل ) ، أو على الكذب أو الكتمان في حالات خاصة ( تغيير قولي ) . وسواء أكان التغيير من هذا الصنف أم من ذلك . فإنه يلزم لإعماله ، في الفقه الإسلامي ، أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، أو من شخص يكون متواطئاً معه . أو من الدلال أو السمسار الذي كلف منه بتسهيل إبرام الصفقة .

(١) ومع ذلك فالظاهر في مذهب الحنابلة أنه يكفي بمجرد الكذب لقيام التغيير . فقد جاء في الشرح الكبير على متن المتن ( ج ٤ ص ٧٩ ) ما يأتي : « ولو قال البائع أعطيت هذه السلعة ما لم يسط ، فضده المشتري ، ثم كان كاذباً ، فالبيع صحيح ، والمشتري الخيار أيضاً ، لأنه في معنى النجش » .

(٢) ويلحق ببيعوع الأمانة ، في الفقه المالكي والحنفلي ، ما يسمى « بيع المسترسل أو المستأمن » ، وفيه يكشف المأخذ أن لا دراية له فيما هو سبيله من التعامل ، ويركن إلى ذمة المتعاقد معه ، ويطلب إليه أن يعامله كما يعامل غيره من الناس . فإذا كذب المأخذ المستأمن على غيره . اعتبر كذبه تغييراً به ، إعمالاً لحديث الشريف : « غبن المسترسل ظلم » .

وإذا كان التدليس أو التفرير ، في الفقه الإسلامي ، إما فعل وإما قول ، إلا أنه يختلف في حكمه باختلاف ما إذا كان من هذا الصنف أو من ذاك . فالتدليس الفعلي يخول دعوى التدليس ، حتى ولو تضمن غيباً سيراً ، بل حتى لو لم يصحبه غيب ، وكان قائماً على إيهام المتعاقد بوجود صفة في المبيع ، كإيهامه بأن البقرة حلوب ، وهو ما يسمى بتفرير الوصف . أما التدليس القولي ، فهو لا ينتج أثره إلا إذا كان من شأنه أن يؤدي إلى الغبن الفاحش . على أنه يستثنى من ذلك التفرير القولي في بيع الأمانة . فهو يأخذ حكم التفرير الفعلي . وينتج أثره بمجرد وجود الخيانة : حتى إذا لم يتضمن الاسير الغبن .

ويركز أثر التفرير أو التدليس . في الفقه الإسلامي ، في ثبوت الخيار للمدلس عليه في أن يبقى على العقد أو يفسخه<sup>(١)</sup> .

### ثالثاً : الإكراه

١٧١ - الإكراه<sup>(٢)</sup> Violence ضغط يقع على الشخص بغير وجه حي . فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد : خشية الأذى . ومثاله أن يضرب شخص آخر أو يهدده بالقتل أو بالضرب أو بالاعتداء على العرض أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف ماله أو بخطف ابنه . حتى يحمله على أن يعطيه مبلغاً من المال . أو أن يبيع له داره ، أو أن يقر له بالتخالف من دين عليه .

والإكراه يختلف عن الغلط والتدليس بالنسبة إلى موضوع كل منها . ففي حين أن الأخيرين يمسان من التعاقد علمه بما يرتضيه ، بحيث يجيء رضاه

(١) على أنه إذا أدى التفرير إلى الغبن ، فإن بعض المذاهب الإسلامية ، وعلى الأخص ، المذهب المالكي ، يخول المتعاقد الآخر الحق في أن يرفع من المدلس عليه الغبن ، بأن يحل البائع ، مثلاً : من الثمن ، ما يرتفع به الغبن عن المشتري . فإن فعل ذلك ، امتنع عن المدلس عليه خيار الفسخ .

(٢) الإكراه ، كعيب يشوب الرضاء ويؤدي إلى إبطال العقد ، لم يعرف عند الرومان ، ولا في وقت متأخر نسبياً ، يرجع إلى أواخر عهد الجمهورية ، وهو من خلق البريتير . وقد بدأ في صورة دفع منحه البريتير لمن يتعاقد تحت سيطرة الخوف ، بغية تمكينه من دفع الدعوى الناشئة ضد من العقد الذي أبرمه *exceptio metus* . ثم أخذت الأمور بالإكراه في سبيل التطور إلى أن وصل إلى عيب يشوب الرضاء ، على نحو ما تعرفه عليه اليوم .

عن غير بيئة بحقيقة الحال ، نجد أن الإكراه لا يمس من العاقد إلا الاختيار فيه . فرضاء المكره يأتي عن بيته بما يرتضيه . ولكن رضاه لا يجرى عن حرية ، إنما عن قسر وإجباء .

والإكراه ، كعيب يشوب الرضاء<sup>(١)</sup> ، يفسد هذا الرضاء ، دون أن يعدمه . فالشخص المكره يريد التصرف الذي يجبره . وكان في مكنته ألا يرتضيه . لو فضل تحمل الأذى ، أو استطاع التغلب على سطوة الرهبة التي تولدت في نفسه . فالإكراه يجعل الشخص بين أمرين : إما أن يتحمل الأذى الذي يقع به أو يتهدده . وإما أن يرتضى التصرف المعروض عليه . فإن قبل التصرف . فما ذلك إلا لأنه أراد . كل ما هنالك أن إرادته لم تكن كاملة الحرية والاختيار ، حيث جاءت تحت سلطان الخوف والرهبة ، بحيث إنه لو لا الأذى الذي كان يتهدده . لما وقع منه رضاء<sup>(٢)</sup> .

وهكذا نجد أن الإرادة هنا تعتبر موجودة . وإن اعتورها الفساد . بسبب مجيئها وليدة الرهبة الناجمة عن الضغط والإرهاب . ومن ثم فالعقد في حالته يقوم ، وإن تهدده الزوال ، وفقاً لمشيئة المكره .  
وإذا وصلنا إلى أننا نقصد بالإكراه : باعتباره عيباً يشوب الرضاء ،

---

(١) والإكراه ، في حقيقة الواقع ، ليس هو العيب الذي يشوب الرضاء . فالذي يشوب الرضاء ويحمله فاسداً هو الخوف أو الرهبة التي تتولد من الإكراه ، وليس هو الإكراه ذاته . وكان الإكراه - باعتبار أنه هو الذي يولد الخوف أو الرهبة التي تدفع إلى التصاق - لا يعمد أن يكون أداة العيب الذي يشوب الرضاء أو وسيله ، وليس هو هذا العيب نفسه ، مثل الإكراه في ذلك مثل التدليس ، الذي لا يعمد بدوره أن يكون مجرد أداة العيب الذي يشوب الرضاء ، ذلك العيب المتمثل في الغلط الذي يقع فيه المتعاقد نتيجة التضليل والخداع . وقد أدى ذلك بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن ينتقوا تسمية « الإكراه » *violence* التي لجأ إليها المشرع الفرنسي ، مفضلين عليه اصطلاح « الرهبة » *contrainte* .<sup>١</sup> ومن هؤلاء الفقهاء : *Beudant* ( ج ٨ ص ٨١ ) - *De Page* ( ج ١ بند ٨ ) *H. L. et J. Mazcaud* ( ج ٢ بند ٢٠٠ ) . وقد تبنى القانون السويسري مع هذه الفكرة فاستعمل اصطلاح « الرهبة » *contrainte* بدلا من اصطلاح الإكراه ( تراجع المادة ٢٩ و ٣٠ و ٣١ من مفعلة الالتزامات السويسرية ) .  
(٢) ول بعض فقهاء المسلمين تحليل رائع لرضاء بالعقد ودور الإكراه فيه ، سوف نعرضه فيما بعد ، عند تناول الإكراه في الفقه الإسلامي . راجع ما سيحيى ، نة ١٨٠ .

الضغط الذى يؤدى إلى إفساد الإرادة دون إعدامها . فلئنا نريد بذلك أن نستبعد الإكراه المادى ، الذى من شأنه أن يصور قيام الإرادة حالة كونها معلومة أصلاً . ومثال ذلك أن يمسك شخص بيد آخر ويجعله يوقع على محرر . أو يقسط شخص على آخر . عن طريق التنويم المغنطيسى ، بحيث يصبح مجرد أداة فى يده ، ويجعله يوقع على محرر . فالإرادة هنا معلومة تماماً . والعقد بالتالى لا يقوم أصلاً . وهذا النوع من الإكراه يكاد يكون غير موجود فى العمل . فهو فرض محض مدرسى ، أو يكاد .

١٧٢ - أهمية الإكراه : أولى الفكر القانونى منذ القدم ، وفى ظل الشرائع المختلفة كلها ، أهمية قصوى للإكراه . ذلك لأنه ، إلى جانب كونه عيباً يشوب الرضاء ويفسده . فهو يقوم على العنف أو التهديد به .

وقد وجد نظام الإكرام ، فى الفقه الإسلامى بالذات<sup>(١)</sup> ، مكاناً رحباً بازاً ، واهتم به وجاله اهتماماً كبيراً . بل لعل اهتمام فقهاء المسلمين بالإكراه يفوق إلى حد كبير الاهتمام الذى أولى إياه فى ظل الشرائع الأخرى . بل إنه يفوق اهتمامهم هم أنفسهم بغيره مما يدخل فى النظرة المعاصرة . فى زمرة عيوب الرضاء .

وقد اهتم القانون المدنى المصرى بدوره بالإكراه : وأولاه ما يستحقه من عناية ، وأبرز أحكامه فى المادتين ١٢٧ و ١٢٨ .

١٧٣ - شروط الإكراه :

يلزم ، لإعمال أثر الإكراه . باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - أن يجرى الشخص التصرف تحت سلطان رهبة بعثت فى نفسه بدون وجه حق .

٢ - أن تكون الرهبة هى الدافعة إلى التعاقد .

---

(١) انظر فى حكم الإكراه فى الفقه الإسلامى ما سيجىء ، نبذة ١٨٠ .

٣١- أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر ، أو كان هذا المتعاقد الآخر ، في الأهل عالماً بها . أو كان مفروضاً فيه أن يعلم بها حتماً .

ونتناول كلا من هذه الشروط بشيء من التفصيل . وذلك فيما يلي :

#### ١٧٤ - الشرط الأول : التعاقد تحت سلطان الرهبة :

جوهر الإكراه ولبه وأساسه أن يتم التعاقد المشوب به تحت سطوة رهبة تبعث في نفس المتعاقد . فتفسد منه اختياره . بحيث يمكن القول بأنه ، وإن أراد التصرف الذي أجراه ، إلا أن إرادته هذه لم تأت عن كامل حرية واختيار . بل عن ضغط وقسر وإجبار .

فيلزم . لقيام الإكراه . أن تبعث في نفس المتعاقد رهبة ، وأن يرم التصرف تحت سلطانها . والمقصود بالرهبة الخشية من الأذى التي تؤثر في رضاء المتعاقد ، بحيث تحمله على إجراء تصرف . ما كان ليرغب فيه لولاها .

وبينى أن تكون الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد بفعل فاعل ، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو شخصاً غيره ممن يكون عالماً بوقوع الإكراه منه . على نحو ما تقرره المادتان ١٢٧ و ١٢٨ . فإن تولدت الرهبة بغير تدخل من أحد . كما إذا تولدت بفعل الظروف المحيطة بالشخص ، كأن أشرف شخص على الفرق واستشعر الخوف من الموت . وطلب النجاة من آخر ، وقبل منه شروطاً أملاًها هذا الأخير لإنقاذه ، أو تولدت الرهبة في نفس المتعاقد بتأثير مجرد الإجلال الذي يستشعره نحو شخص آخر ، فإن الإكراه لا يتواجد ، وإنما قد يفتح المجال لإعمال عيب آخر من عيوب الرضاء : هو الاستغلال . وسوف نعود إلى ذلك فيما بعد <sup>(١)</sup> .

ولابد أن تكون الرهبة التي تتولد في نفس المتعاقد ، والتي يرم التصرف تحت سلطانها ، قائمة حقيقة ، أو قائمة على أساس كما تقول المادة ١/١٢٧ . فلا يكفي بالضرورة أن يدعيها المتعاقد ، إن لم يكن لها وجود في الواقع .

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٧٨ و ١٧٩ .

وتكون الرهبة قائمة على أساس ، كما تقول المادة ١٢٧/٢ ، « إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعى أن خطراً جسدياً مهدداً هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال » .

فن الضرورى ، لاعتبار الرهبة قائمة في نفس المتعاقد ، أن يكون من شأن الظروف المحيطة به أن تصور له خطراً جسدياً مهدداً ، أى يجعله يعتقد بوجوده . وليس يلزم أن يكون هذا الخطر موجوداً في حقيقة الواقع . بل إن الرهبة تعتبر قائمة ، حتى لو كان الخطر الذى يهدد الشخص وهمياً ، لو نظرنا إليه في ذاته ، ما دامت الظروف تصوره لذلك الشخص حقيقياً . فن يذعر مثلاً نتيجة تهديده بمسدس ، فير ضيق لمشية مهددة ، ويرم معه تصرفاً ما ، خوفاً من أن يطلقه عليه فيقتله أو يجرحه ، يعتبر واقعاً تحت سلطان الرهبة المكونة للإكراه ، حتى لو كان المسدس خالياً في الحقيقة من الرصاص ، على جهل منه .

بيد أنه يلزم بطبيعة الحال أن يكون الخطر أو الأذى الذى يهدد الشخص على قدر من الجسامة ، بحيث يؤثر في المتعاقد نفسه ويجعله ، بين أن يتحمل الأذى أو أن يرم التصرف ، مقادراً إلى الأمر الأخير . اعتباراً بأنه أهون الشرين وأخف الضررين . فتهديد الشخص العادى ، مثلاً ، بالصنف على وجهه ، لو أنه لم يبيع منزله ، قد لا يرتقى إلى مرتبة الإكراه ، وإن كان التهديد بملك الأمر قد يصل إلى هذه المرتبة ، لو أنه وجه إلى شخص يتميز ، لسبب أو لآخر ، بحساسية مفرطة .

ولا أهمية لنوع الخطر أو الأذى الذى يهدد الشخص أو يتصور أنه يهدده . فحسبه أن يبلغ من الجسامة حداً بحيث يفلح في أن يولد في نفسه الرهبة التى تجعله على التعاقد . فبيان أن يكون الأذى جسدياً ، بأن يحس به المتعاقد في جسمه ، كما إذا ضرب أو عذب ، وهذا ما يطلق عليه الإكراه الحسى ، أو أن يكون نفسياً ، بأن يخشاه المتعاقد في نفسه دون أن يستشعر بحسه ، وهذا هو الإكراه النفسى ، وهو يكون في الحالة التى يهدد فيها الشخص بإيقاع ما يؤذيه ، دون إيقاعه بالفعل .

ولا أهمية أيضاً لما إذا كان الشخص مهدداً بخطر حال أو بخطر يوقع به فيها بعد . فالخطر الحاضر والخطر المستقبل سواء ، طالما أنه يولد في نفس التعاقد الرهبة التي تدفعه إلى التعاقد<sup>(١)</sup> .

ولا أهمية كذلك لما إذا كان الأذى أو الخطر الذي يتضمنه التهديد موجهاً إلى التعاقد أو إلى غيره ، كلينه أو أبيه أو أمه أو أخيه أو زوجته أو خطيبته أو صديق عزيز على نفسه ، ما دام هو يولد بالفعل في نفسه رهبة تحمله على التعاقد . ولا يوجد تحديد ، بالنسبة إلى درجة قرابة الغير الذين

---

(١) وقد جاءت المادة ٢/١٢٧ تقول بأن الرهبة التي ينشأ عليها الإكراه تعتبر قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور المصالحات خطراً جسيماً محققاً . وقد يفهم من اشتراط أن يكون الخطر محققاً ، أن يكون حالاً ، أي وشيك الوقوع . ولكن هذا الرأي لا يتفق مع أساس نظام الإكراه . فالمبرة في الإكراه هي إلزام التصرف تحت سلطان الرهبة . ولا جدال في أن التهديد بخطر مستقبل قد يصل في بعض الظروف إلى بث الرهبة في نفس المصالح . فالهجوم الخطير الذي يهدد ، مثلاً ، شخصاً بأنه سوف يقتله بعد خروجه من السجن ، إن لم يعط مبلغاً من المال ، قد يوقع الرهبة في نفس هذا الشخص لدرجة تجعله يذعن لمشيئته ، خوفاً من أحواله يطرأ . فإن فعل ، اعتبر أنه قد تعاقد تحت سلطان الرهبة ، وجاءت إرادته مشوبة بالإكراه . من أجل ذلك عد الفقه المصري إلى تفسير نص المادة ٢/١٢٧ ، بالنسبة لما جاء فيه من وجوب أن يكون الخطر محققاً ، على أنه يعني وجوب أن تكون الرهبة ذاتها هي المحركة بالمصالح ، بمعنى أن تكون موجودة عند إبرامه التصرف ، وسواء بعد ذلك أن تكون قد جاءت نتيجة التهديد بخطر حال أو مستقبل (راجع في ذلك السهوري ، الوسيط ١ ، نبذة ١٩٤ - جمال زكي ، المرجع السابق نبذة ٨٥ - عبد المنعم الصلدة ، نبذة ١٤٠) . وهذا هو نفس الرأي الذي استقر عليه الفقه الفرنسي في مجموعته ، برغم ظاهر نص المادة ١١١٢ فرنسي . فوفقاً لظاهر هذا النص ، يستلزم ، لقيام الإكراه ، أن يكون الخطر الذي يهدد الشخص حالاً *present* . وقد تطلب هذا الشرط فعلاً بعض الفقهاء ، اعتباراً بأنه إذا كان الخطر مستقبلياً ، فإن الشخص يستطيع أن يدرأه عن نفسه ، بالاتجاه إلى السلطة العامة عند الضرورة . ولكن أغلب الفقهاء في فرنسا لا يسلون بذلك . وهم يؤسسون رأيهم على أن المبرة هي بتأثير إرادة المكره بالأذى الذي يهدده ، عند إبرامه التصرف . وسواء بعد ذلك أن يكون هذا الأذى في ذاته حالاً أو مستقبلياً . ومن أجل ذلك لم يتقبلوا بظاهر النص ، وفروا عبارة « الأذى الحال *mal present* » الواردة فيه ، على أنها تعني أن يكون الخوف من الأذى هو الحال ، لا الأذى نفسه (أنظر في هذا للمتي *Marty et Raynaud* ، الانترامات نبذة ١٤٢ - *Pianiol et Ripert* ج ٦ نبذة ١٩١ - *De Page* ، المرجع السابق ٦٠ .

يعتبر تهديدنا بايذائهم إكراهاً لنا<sup>(١)</sup> . بل إن القראה في ذاتها ليست حتمية . كما أنها ، من ناحية أخرى ، ليست بمجرد كافي . فالمسألة مردها إلى أثر ذلك التهديد على نفس المتعاقد ذاته . هل من شأنه أن يولد في نفسه الرهبة التي تجعله على ارتضاء التصرف أو لا يولدها . وقد تشعر بالحب أو بالإعزاز نحو شخص لا يمت لك بصلة القربى ، فيولد تهديدك بإيذائه في نفسك الخوف الذي يجعلك تبرم التصرف ، درءاً لهذا الأذى عنه . وعلى النقيض من هذا :

(١) وقد لجأ القانون الفرنسي في هذا الصدد إلى تحديد تحكى لا معنى له . فجاه في المادة ١١١٣ منه يقول : « يكون الإكراه سبباً لبطالان العقد ، ليس فقط عندما يقع على المتعاقد ، بل أيضاً عندما يقع على زوجه أو فروعه أو أصوله » . وبرغم صراحة هذا النص ، فالفقه الفرنسي الحديث ، في مجموعه ، لا يتقيد بحرفيته . وهو يسير على أن الإكراه يعتبر قائماً وفسداً لرفض ضحيته ، حتى لو كان الشخص الذي هدد بإيذائه من غير الأشخاص المذكورين في القانون . وفي سبيل التوفيق بين الحكم الذي يقوله به الفقهاء وبين نص المادة ١١١٣ فرنسي ، يقول البعض منهم إن تلك المادة لم تذكر الأشخاص الذين أوردتهم إلا على اعتبار أنها تقيم قرينة قانونية على أن تهديد المتعاقد بايذائهم يعتبر إكراهاً ، تمشياً مع الغالب وقوعه في حياة الناس . ومن ثم فلا يقع عليه عبء إثبات أن تهديده بايذائهم ولد في نفسه رهبة دفعت إلى التعاقد . أما بالنسبة إلى من لم تذكرهم المادة ١١١٣ فرنسي ، فلا يوجد شئ ما يمنع من اعتبار تهديد المتعاقد بايذائهم إكراهاً له . ولكن يلزمه هنا إقامة الدليل على أن هذا التهديد ولد في نفسه الرهبة التي دفعت إلى التعاقد . تأسيساً على أن القرينة المستمدة من المادة ١١١٣ لا تظلمهم . أما البعض الآخر من الفقهاء ، فقد كانوا أكثر جرأة ، بحيث اكتفوا بالقول بأن الأشخاص الذين أوردتهم المادة ١١١٣ فرنسي مذكورون فيها على سبيل مجرد التمثيل لا إحصاء ( راجع في ذلك Marty et Raynaud ، المراجع السابق ، نبذة ١٤٣ - Planiol, Ripert et Esmein ، ج ٦ نبذة ٩٣ - H. L. et J. Mazeaud ، المراجع السابق نبذة ١٠٥ - Beudant et Lagarde ، ج ٨ نبذة ١٢٩ - Encyc. daloz, dr, civil. تحت كلمة Violence رقم ١٢ .

وقد جاءت المادة ١٧٦ من المشروع التهديدي تقول إن الإكراه يقوم إذا كان من شأن الظروف أن تجعل الشخص يعتقد أن خطراً جسيماً حالاً يهدده هو أو أحد أقاربه ، من غير أن تعدد درجة القראה ، فتركة هذا التهديد للقضاء . وفي لجنة المراجعة ، أبدلت عبارة « أو أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » . بعد أن لاحظ - وبحث - أحد الأعضاء أن القראה قد تكون أوسع مما ينبغي في حالات معينة ، كما أنها قد تكون أضيق مما ينبغي في حالات أخرى . فقد يكون للشخص « صديق أغز عليه من أقاربه » . وهكذا جاءت المادة ١٧٦ مدني مصري خلو من اشتراط القראה فيمن يتبر تهديداً بايذائهم إكراهاً لنا ( راجع مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ في تعليقها على المادة ١٧٦ من المشروع التهديدي ) .



قد لا يهتم الإنسان منا أقرب الناس إليه ، فلا يستشعر الخوف من أن يصيبه غادح الأذى . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتولد الرهبة في نفس المتعاقد ، نتيجة تهديده بالحاق الأذى بذات الشخص الذي يكرهه على إبرام التصرف لصالحه . ومثال ذلك أن يهدد شخص أمه بعزمه على الانتحار ، ان لم تهبه منزلها أو أرضها .

هكذا نخلص إلى أن الرهبة التي يتضمنها الإكراه تعتبر قائمة حقيقة في نفس المتعاقد ، أو قائمة على أساس كما تقول المادة ١٢٧/٢ ، كلما كان من شأن ظروف الحال أن تصور له أن خطراً جسيماً لا قبل له بتحملة أو دفعه . يتهده هو أو غيره ، ممن يأتري فيه إيلذاؤهم ، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال أو في أي شيء آخر ، حتى لو كان هذا الخطر وهمياً لا وجود له في الحقيقة . فيكون أن يكون من شأن وسائل الإكراه ، في الظروف التي بوشرت فيها ، أن جعلت المتعاقد يستشعر الخوف من أذى جسم يتهده أو يتصور أن يتهده في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، طالما تصور أنه لا قبل به إلى دفعه ولا سبيل له إلى تحمله . ويتوجب هنا الاعتداد بالظروف الشخصية<sup>(١)</sup> المتعلقة بكل متعاقد على حدة . فلا يوجد معيار موضوعي عام يحدد لنا متى تكون الرهبة قائمة على أساس في نفس المتعاقد ، ومتى لا تكون . فالمسألة لا تعلو أن تكون أمراً شخصياً ، أي يتعلق بنفس المتعاقد الذي كان ضحية الإكراه ، من حيث تصوره للخطر الذي يتهده ، ومن حيث أثر هذا الخطر على نفسه . وهكذا فمعيار جسامة الإكراه ليس معياراً موضوعياً عاماً in abstracto ، ولكنه معيار شخصي in concreto ، أساسه ذات الشخص الذي وقع ضحية الإكراه . وفي هذا يتشابه القانون المدني المصري مع القانون المدني الفرنسي<sup>(٢)</sup> ، ولكنه يتخالف مع القانون

(١) أنظر نفس ١٩٦٦/٢/١٥ طين ٣١/١١٧ في مجموعة النقص س ١٧ ص ٢٨٧ رقم ٣٨ . وانظر أيضاً تيزز الكويت ١٩٧٥/٣/٢٤ طين رقم ١١٧٣/١١ أسوال شخصية ، مجموعة نواة الوبز في الملة من ٧٢/١١/١ حتى ٧٩/١٠/١ .

(٢) والحقيقة أن المادة ١١١٢ فرنسي جاءت ، في صدد المعيار الواجب مراعاته لقيام الإكراه متسمة بشيء من النعوض . فمن حين أن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب في الإكراه أن يكون من شأنه أن يؤثر في الرجل المعقول أي l'homme raisonnable ، نجد أن الفقرة -

## الرومانى (١).

وغنى عن البيان أن الناس يتفاوتون فى تصورهم للأخطار التى تهددهم ، أو التى يتخيلون أنها تهددهم ، وفى أثر هذه الأخطار عليهم . ثم إن الظروف التى تحيط بهم أثرها فى هذا الصدد . فالرجل عادة أكثر شجاعة من المرأة ، والشاب أقوى احتمالاً من الشيخ الهرم ، وقوى الأعصاب أقل تأثراً من ضعيفها ، والمرأة البسيطة الساذجة تهاب أموراً يراها المتعلم أو المتنور مجرد خزعبلات ، كالتهديد بالسحر وأعمال الدجل والشعوذة . والتهديد فى مكان منزل أقوى مفعولاً منه فى مكان أهل بالناس ، إلى غير ذلك كله من الظروف التى تؤثر فى الشخص من حيث توليد الرهبة والخوف فى نفسه . وعلينا أن نتناول كل حالة على حدة ، مقتدين بمقياس شخصى : قوامه ذات الشخص الذى يتمسك بالإكراه . من حيث جنسه وسنه وصحته أو ضعفه . وشجاعته أو جبنه وعلمه أو جهله ورزاقته أو خفته . إلى غير ذلك كله من الصفات التى يتسم بها . ثم نحدد بعد ذلك ما إذا كان من شأن الظروف الملابس أن تبعث فى نفسه الرهبة أو لا تبعثها . فإذا تبين للقاضى ، فى الحالة المعروضة عليه . أن الرهبة قد تولدت بالفعل فى نفس المتعاقد . وأنها هى

---

« الثانية تستوجب مراعاة من المتعاقد وجنسه وحالته . وهكذا فالفقرة الأولى تأخذ بالمعيار الموضوعى ، فى حين أن الفقرة الثانية تثير المعيار الشخصى . وكان نتيجة هذا التعارض أن اختلف الفقهاء الفرنسيون . ولكن الرأى الراجح الآن يسير على المعيار الشخصى ، أى يتخذ ضحية الإكراه نفسه أساساً لمحكم ( انظر على وجه الخصوص : Mazeaud ، المرجع السابق ، نبذة ٢٠٤ - Marty et Raynaud المرجع السابق ، نبذة ١٤٢ ) . والقضاء الفرنسى بدوره يسير على هذا الرأى ( راجع على الخصوص : نقض مدعى ٣ نوفمبر ١٩٥٩ ، *Gez; Pal* ١٩٥٩ ، ١٦٠ ، نقض - حرافض - ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ ، سبرى ١٩٢٦ - ١ - ١٢١ وتعليق *Breton* ) . (١) والقانون الرومانى - تأثراً منه يكون الإكراه قد نشأ تحت ظله باعتباره جريمة جنائية ، قبل أن يتطور إلى كونه عيباً يشوب الرضاء ويؤدى إلى إبطال العقد - كان يقول بالمعيار الموضوعى . فهو يستلزم ، لقيام الإكراه الميطل للعقد ، أن يكون من شأنه أن يؤثر فى أشجع الشجعان من الناس *constantissimum virum* . والفقهاء الإسلامى ، بخلاف القانون الرومانى ، يأخذ بالمعيار الشخصى فى الإكراه ، وإن تطلب ، فى مجموعه ، شيئاً من التناسب بين الإكراه الذى يهدد المتعاقد والأمر الذى يحبر على إتيائه ، بحيث إن الإكراه لا يعتبر متوافقاً ، إلا إذا كان المتعاقد ، بإبرامه التصرف الذى أجبر عليه ، قد درأ عن نفسه أذى أكبر .

التي دفعته إلى التعاقد ، وجب عليه أن يعتبر الإكراه قائماً ، حتى لو كان غيره من الناس ، أو حتى لو كان الرجل العادي ، في نفس الظروف ، لا يستشعر أية رهبة . فالمعيار الذي يجب مراعاته هنا هو معيار شخصي . أساسه التعاقد نفسه الذي كان ضحية الإكراه . وليس معياراً موضوعياً مجرداً ، كما سبق لنا أن بينا . وفي ذلك تقضي المادة ٣/١٢٧ مدني بأنه : « ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسمه الإكراه » .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لقيام الإكراه ، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة قائمة حقيقة في نفس المتعاقد . وتعتبر الرهبة كذلك ، كلما كان من شأن الظروف المحيطة بالتعاقد ، ومع مراعاة حالته هو الشخصية من حيث جنسه وسنه وجميع مظاهر إنسانيته الأخرى ، أن صورت له بالفعل خطراً جسدياً : لا قبل له بدفعه ولا سبيل له إلى تحمله : يتهدده هو أو غيره في النفس أو العرض أو الجسم أو الشرف أو المال أو أى شيء آخر<sup>(١)</sup> .

وعبء إثبات كون الرهبة على أساس يقع بطبيعة الحال على من يتمسك

(١) وقد سارت محكمة النقض في العديد من أحكامها ، وهي بصدد تحديد ماهية الإكراه الموجب لإبطال العقد ، على قولها إن : « الإكراه المبطل للرضا إنما يتحقق بتهدد المتعاقد المكره بخسر جسيم محقق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتياها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول مالم يكن ليقبله اختياراً » ( انظر : نقض ٢٢ يناير ١٩٧٤ ، ضمن ٣٨/٣٦٥ في مجموعة النقض ص ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ - نقض ١٩٧٠/٦/٩ ، مجموعة النقض ص ٢١ صفح ١٠٢٢١ رقم ١٦٣ ) . ويلاحظ على قضاء محكمة العليا - وقد جاء في صورة تقرير المبادئ العامة - الأمران الآتيان : (١) نصف المحكمة الخطر الذي من شأن الإكراه أن يهدد به ضحيته بالحدق ، الأمر الذي من شأنه أن يثير الشبهة في وجوب أن يكون حالاً . وهذا الوصف ، وإن كان متغولاً من ذات نص المادة ٣/١٢٧ ، إلا أنه غير سليم على نحو ما سبق لنا أن بيناه في المتن ، إذ أن المقصود هو أن تكون الرهبة ذاتها هي المهددة بالتعاقد لا الخطر نفسه . (٢) جاء في قضاء النقض أن الخطر الذي ينشأ عن الإكراه يلحق المتعاقد في نفسه أو في ماله ، في حين أنه يمكن له أيضاً أن يلحق أى شخص من الغير ، إذا كان من شأن التهديد بإلحاقه أن يولد الرهبة في نفس المتعاقد على نحو ما بيناه في المتن .

بالإكراه بغية إبطال العقد . ولهذا أن يقيم الدليل على ما يدعيه بكل طرق الإثبات ، ولو كان العقد رسمياً . والأمر من بعد متروك لقاضي الموضوع ، يفصل فيه في رحاب سلطته التقديرية ، بغير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سافقة من شأنها أن تحمله (١) .

وإلى جانب كون الرهبة قائمة حقيقة أى على أساس ، يلزم أن يتوافر فيها أمر آخر ، هو أن تكون قد بعثت في نفس المتعاقد بلون وجهه حق<sup>(٢)</sup> (المادة ١/٢٧) . فإن كانت قد بعثت بحق ، ما اعتبرت إكراهاً<sup>(٣)</sup> . ولكن متى تعتبر الرهبة بغير حق ؟

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ ملن ١١٧٢/٤٤ مجموعة النقض س ٢٧ ص ٨١٥ رقم ١٥٧ - نقض ١٩٧٦/١/٢٦ ملن ٤٠/٦٥٥ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٣٠١ رقم ٦٨ - نقض ١٩٧٤/٦/١٢ ملن ٤٠/١٢ مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٠٣٥ رقم ١٧١ - نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ ملن ٣٨/١ مجموعة النقض س ٢٤ ص ٣٣٦ رقم ٥٩ - نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ ملن ٣٨/١٣٦ مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ - نقض ١٩٧٠/٦/٩ ملن ٣٦/١٤٢ مجموعة النقض س ٢١ ص ١٠٢٢ رقم ١٦٣ - نقض ١٩٦٦/٢/١٥ ملن ٣١/١٧٧ مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٨٧ - نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ رقم ٢٣٣.

(٢) وفي ذلك يتجاوب قانوننا مع الفقه الإسلامي الذي يهش بأن الإكراه بحق أو ما يطلق عليه تحت ظله « الجبر الشرعي » يتم غير مؤثر على العقد .

(٣) استلزام أن تكون الرهبة قد تولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق ، هل نحو ما يقول القانون المصري (المادة ١٢٧ / ١) ، لكي يقوم الإكراه المفسد للرضاء ، لا يتطرق مع هذا السبب في جوهره وأساسه . فجوهر الإكراه يتصل في أن المتعاقد يرتفع المقصد تحت تأثير الخوف والرهبة اعتباراً بأن رضاه هنا لا يحمي . حرراً مختاراً . وتستوى الرهبة ، في أثرها على إرادة المتعاقد ، سواء أجات بحق ، أي كانت مشروعة ، أم بغير حق ، أي غير مشروعة . ففي كلتا الحالتين نجد المتعاقد يستشعر الخوف من الأدنى ، فيلجأ إلى إبرام العقد بنية أن يضاهي . فوصف الشرعية أو عدم الشرعية ، الذي يمكن الرهبة أن تنقسم به ، ليس له أدنى تأثير عليها في ذاتها ، ولا على كونها تتصل أمراً يرفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، دماً لمنظر الذي يتهدده . والحقيقة أن استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، أو ما يسمى بالإكراه غير المشروع *violence injuste* ، يرجع في أصله ، في القانون المعاصر ، إلى القانون الروماني . وهو أمر ناتج من أن الإكراه بدأ عند الرومان باحتبار أنه جريمة جنائية ، ثم تطور بعد ذلك إلى أن وصل إلى كونه عيباً يشوب رضاه المتعاقد ، ويجعل عقده باطلاً قابلاً للإبطال . وقد أراد *Domat* - وهو من أكبر فقهاء القانون الفرنسي القديم - أن يجعل من الرهبة التي تتولد بحق إكراهاً عيباً للرضاء ، على قدم المساواة مع الرهبة التي تتولد في نفس المتعاقد بغير حق . وكان

تعتبر الرهبة بغير حق ، إذا كان القانون لا يسمح للشخص بأن يعرّضها في نفس المتعاقد معه . فالقانون . في بعض الأحيان ، وفي حدود معينة .

= دافعه إلى ذلك ، على وجه الخصوص ، منع الدائن من أن يهدد مدينة بمقاضاته ، حتى يحصله على أن يدفع له دينه ، إعمالاً لقاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يقر العدل لنفسه بنفسه . ولم يأخذ Pothier - وهو بدوره من أكبر فقهاء القانون الفرنسي القديم وأكثرهم تأثيراً على واضعي مدونة نابليون - برأى زميله Domat ، ناسحاً منchy القانون الروماني ، مطلباً مثله ، لقيام الإكراه ، أن تكون الرهبة قد تولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق ، ثم جاءت مدونة نابليون ، ونحت بدورها منchy القانون الروماني . صحيح أنها لم تستلزم صراحة أن يجبر الإكراه غير مشروع ، ولكنها جاءت ، في المادة ١١١٤ منها ، تقول إن مجرد الخشية التأديبية Crainte révérentielle نحو الأب أو الأم أو ألى أصل آخر ، من غير مباشرة ألى إكراه ، لا يكفي لإبطال العقد . . وانطلاقاً من اعتبار الخشية التأديبية نحو الآباء تمتثل رهبة مشروعة ، وصل القضاء الفرنسي إلى استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، لقيام الإكراه كسبب يشوب الرضاء ، ويجعل العقد قابلاً للإبطال . في كل الأحوال . أما إذا كانت الرهبة بحق ، وبمباراة أخرى إذا كان الإكراه مشروعاً ، فإرادة المتعاقد لا تعتبر متعيبية . وبالتالي يكون العقد غير مهدد بالإبطال . والقضاء الفرنسي يسير على أن الرهبة تعتبر بحق وأن الإكراه بالتالي يعتبر مشروعاً ، فلا يجعل العقد قابلاً للإبطال . كلما كان للمتعاقد الحق في أن يهدد الرهبة في نفس غريفة ، شريطة أن يستعمل هذا الحق في حدود الغرض الذي تقرره من أجله ، من غير شطط أو إساءة أو إصراف . وإعمالاً لهذه القاعدة ، قضت المحاكم الفرنسية بعدم قيام الإكراه الموجب للرضاء في الحالة التي يهدد فيها الدائن مدينة بمقاضاته . حتى يحصله على دفع الدين الذي له عليه ، أو تحرير سند به ، أو تقديم كفيل يضمنه ( انظر من أحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد نقض - عرائض - ١٧ نولير ١٩٢٥ ، سيري ١٩٢٦/١٩٢٦/١٢١ وتعليق Breton -- Chambéry ١٥ مايو ١٩٤٤ ، ١٩٦١ Bull. Civ. ١١١/٢/١٩٤٤ Gaz. pal. - نقض فرنسي مدني ٥ يونيو ١٩٦١ ، ١٩٦١ رقم ٢٨٩ ص ٢٣٠ ) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأب الذي يتقدم لكفالة دين عن ابنه ، خشية إظهار إفلاسه . لا يحق له التمسك بإبطال الكفالة على أساس الإكراه ( نقض مدني ١٨٧٩/٢/٢٥ ، سيري ١٨٧٩ - ١ - ١٧٣ ) . أما إذا كان القانون يبيح للشخص أن يهدد غيره بأمر معين فيهدد عليه هذا التهديد . ولكن من أجل الوصول إلى غرض يتجاوز ذلك إلى أباح القانون التهديد من أجله . فإن الإكراه يعتبر متوافراً . ويقع العقد قابلاً للإبطال ، حيث إن الرهبة هنا تكون بغير وجه حق . وانطلاقاً من هذه الفكرة ، قضت المحاكم الفرنسية بأن الزوج الذي يقاضي زوجته متلبسة بالزنى ، فيهددها بالتبليغ . فتنتفع هي ، خشية العقوبة والفضيحة ، إلى أن تحرر له سنداً بدين ليس عليها في الحقيقة ، فإن تصرفها هذا يقع قابلاً للإبطال على أساس الإكراه ( نقض - عرائض - ١٩٠٣/٤/٦ ، سيري ١٩٠٤ - ١ - ٥٠٥ وتعليق Naquet . وقضت كذلك بأن الشخص الذي يعطي الآخر مبلغاً من المال ، تحت سيف تهديد بإيابه بتبليغ =

يجز للشخص بأن يسلط على المتعاقد معه سيف الخوف والرهبة ؛ فإن فعل .  
 بغية الوصول إلى الغرض الذى سمح القانون بالتهديد من أجله لا أكثر ،  
 ومن غير شغل أو إصراف أو تعسف ، ووضخ غريمه لما طلبه منه ، ما استطاع  
 هذا الأخير أن يدعى أنه كان مكرهاً على إجراء التصرف الذى أبرمه . ومثال

= السلطات الفرنسية من أنه تسبب في جنل سلطات الاحتلال الألماني تمتعته ، يكون له الحق في  
 إبطال التصرف الذى ائتم بمقتضاه باعطاء المبلغ ، تأسيساً على الإكراه ( نقض مدني ١٩٥٤/٦/٣٠  
 Sem. jur. ١٩٥٤ ، ٨٣٢٥ ) . وانظر أيضاً : نقض مدني فرنسي ١٩٥٩/١١/٣ .  
 Gaz. pal. ١٩٦٠-١-١٦ ومنشور أيضاً في دالوز ١٩٦٠ ص ١٨٧ مع تعليق Holleaux ،  
 ومنشور كذلك في Rev. trim. dr. cv. ١٩٦٠ ص ١٩٥ مع ملاحظات Mazeaud .  
 ويسير القضاء المصري ، وحل رأسه محكمة النقض ، في نفس الاتجاه الذى يسير عليه القضاء  
 الفرنسي ، فيطلب بدوره ، لإعمال الإكراه ، أن يكون غير مشروع ، بمعنى ألا يكون  
 مستنداً إلى حق . انظر في ذلك : نقض ١٩٧٦/٣/٢١ ملعن ١٩٧٢/٤١/١٧٢ ق مجموعة النقض ص ٢٧  
 ص ٨١٥ رقم ١٥٧ . وقد جاء في هذا الحكم : « مفاد نص المادة ١٣٧ من القانون المدنى  
 أن الإكراه المبطل للرضاء لا يتحقق ، على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ( ١٩٧٠/١٢/٨ ) ،  
 مجموعة النقض ص ٢١ ص ١٢١٢ - ١٩٧٣/٢/٢٧ ، مجموعة أحكام النقض ص ٢٤  
 ص ٣٣٦ ) إلا بتهديد المتعاقد المكره بخضر جسيم يحقق بنفسه أو بماله ، أو باستعمال وسائل  
 ضغط أخرى لا قبل له باحتياها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله  
 على الإقرار بقبول مالم يكن يتقبله اختياراً . ويجب أن يكون الضغط الذى تتولد عنه في نفس  
 المتعاقد الرهبة غير مستند إلى حق . وهو يكون كذلك إذا كان الهدف هو الوصول إلى شيء غير  
 مستحق ، حتى لو سلك في سبيل ذلك وسيلة مشروعة » . ويلاحظ في واقع الدعوى التى صدر  
 فيها الحكم السابق أن المكره ( مؤجر دكان ) استعمل وسيلة مشروعة ضد ضحية الإكراه ( مستأجر  
 الدكان ) تتمثل في تنفيذ حكم صادر له بالطرد ، للوصول إلى غرض غير مشروع وهو قبول ضحية  
 الإكراه ( المستأجر ) التنازل عن استئناف كان قد رفضه ضد حكم صادر ضده بدم انقاص الأجرة .  
 وقضى الحكم بحق بتوافر الإكراه . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٦/١/٢٦ ، ملعن  
 ١٩٥٥/٤٠ ق مجموعة النقض ص ٢٧ ص ٣٠١ رقم ٦٨ . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ،  
 ملعن ١٩٦٥/٣٨ ق مجموعة النقض ص ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ . وقد صدر هذا الحكم في قضية تتعلق  
 وقائها في أن شخصاً أصدر لصالحه حكماً بطرد المستأجر من العين المؤجرة ( عين مؤجرة  
 لتكون مئسرة ) ، فهدد المحكوم ضده بتنفيذ هذا الحكم ، وجعله تحت سيف هذا التهديد يبيع  
 له المباني التى أقامها على العين المؤجرة بشن بخص ويرتضى زيادة الأجرة . وقد قضى الحكم  
 بتوافر الإكراه المبطل للعقد ، برغم أن المؤجر استعمل وسيلة مشروعة ، وهى تنفيذ الحكم  
 بالطرد ، تأسيساً على أنه استهدف غرضاً غير مشروع ، « وهو ابتزاز ما يزيد على حقه » .

الحالة التي نحن بصدددها أن القانون يبيع الدائن أن يهدد مدينه بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر لإفلاسه ، استيفاء لحقه منه . فإن هدد الدائن مدينه بأمر مما سبق ، بغية استيفائه دينه لا أكثر . وأدى هذا التهديد بالمدين إلى أن وفى الدين ، أو أجرى أى تصرف آخر يستهدف ضمان الوفاء به . كإبرام الرهن . كان تصرفه صحيحاً . وما استطاع الطعن فيه على أساس الإكراه ، حتى لو كان هو في حقيقة الواقع قد أكره على إجرائه<sup>(١)</sup> و<sup>(٢)</sup> . إذ أن القانون يمنح الدائن هنا سلطة تهديده ، فالرهبة التي تقوم في نفسه . نتيجة لهذا التهديد : تكون بحق . وقد قلر المشرع أن المصلحة في أن يتغاضى عن فساد الرضاء إذا جاء نتيجة رهبة تولدت بحق . وبعبارة أخرى . نتيجة إكراه مشروع<sup>(٣)</sup> . وبعبارة فقهاء المسلمين . نتيجة جبر شرعى .

(١) وقد تضمن المشروع التهديد للقانون المرفى المصرى نصاً يتضمن هذا الحكم ، وهذا هو نص المادة ١/١٧٨ . الذى يقضى بأنه : « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ، ما لم يستغل الضيق الذى وقع فيه الطرف المهدد . فيتر منه ما يزيد كثيراً على ما في ذاته من حق » . وقد حلف هذا النص ، لعدم الحاجة إليه ( راجع مجموعة الأعمال التصديرية لقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ١٨٥ ) .

(٢) انظر استئناف القاهرة ٢٨ فبراير ١٩٦١ المجموعة الرسمية ص ٦٠ رقم ٦ ص ٤٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه يشترط في الإكراه انبطل للعقد أن تكون الوسائل المستعملة غير مشروعة ، ويقصد بها الوصول إلى أغراض غير مشروعة . ومن ثم فالضغط من شخص على آخر عن طريق المطالبة بحق له عنيه . بحيث لا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه . لا يبطل العقد بالإكراه . وقد نصت محكمة الاستئناف المختصة بأن الأب الذى يتقدم لبيان دين على ابنه خوفاً من عقاباته هذا الابن ، لا يستطيع أن يضمن في عقد الكفالة بالإكراه ( استئناف مختلط ٣ يونيه ١٩٢١ ص ٢٣ ص ٣٥١ ) . وقضت أيضاً بأن انصياع الشركة لدائيتها وتقديم ضمانات لم تكفل الوفاء بديونهم عليها لا يخلو الطعن في تصرفها بالإيعال تأسيساً على الإكراه ( استئناف مختلط ٢٤ يونيه ١٩٢٤ ص ٢٦ ص ٤٧٩ ) . وانظر من أحكام القضاء الفرنسى ما سبق لنا أن أشرنا إليه في ص ٣٦٤ هامش ٣ .

(٣) وتكرر هنا أن الرهبة . ولو تولدت بحق في نفس المتعاقد ، من شأنها أن تقصد رضاه ، إذ أن رضاه هذا لا يأتي حراً مختاراً ، كما أننا نقرر أن استلزام كون الرهبة متولدة بغير وجه حق لقيام الإكراه المبطل للمقد . يرجع في أصله التاريخي في القوانين المعاصرة ، للقانون الرومانى ، حيث كان يعتبر الإكراه جريمة جنائية .

وقد جاء استاذنا الكبير السهورى يحاول لتبرير استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، وبعبارة «

والرأى السائد في الفقه يتخذ من الغرض المراد الوصول إليه معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة المتولدة عن الإكراه بحق أو بغير حق . فلإن كان هذا الغرض غير مشروع ، اعتبرت الرهبة بغير حق . حتى لو كانت

— أخرى أن يكون الإكراه غير مشروع . وهو في ذلك يبدأ الأمر المسلم ، والذي مؤداه أن الإكراه ، مشروعاً كان أم غير مشروع ، يضغط على الإرادة ويفسدها ، وأنه يجوز بالتالي ، وفقاً لمنطق الإرادة ذاته ، إبطال العقد ، حتى في الحالة التي يكون الإكراه فيها مشروعاً . ولكن في هذه الحالة الأخيرة ، إذا تمسك الماقد المكره بالإبطال يكون قد فوت على الماقد الآخر الغرض المشروع الذي أراد الوصول إليه بالإكراه المشروع الذي جنأ إليه ، ويعتبر هذا منه تصفياً في استعمال حق الإبطال . والتصف في استعمال الحق يستوجب التعميـض . وغير تعميـض ما كان عينياً . فيمنع الماقد المكره من طلب الإبطال . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبق ، لا على أساس الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعميـض أو من الإرادة الظاهرة ( راجع السهورى ، الوسيط ج ١ طبعة ٢ ، ص ٢٧٠ هامش ٢ ) .

وهذا القول من أستاذنا محل نظر عندنا . فن ناحية ، نجد أن تأسيس بقاء العقد في حالتنا . بمرمان المتعاقـد المكره من إبطاله ، على فكرة التعميـض عن العمل غير المشروع أمر غير سليم . فلا يمكن القول هنا بأن المتعاقـد المكره له حق إبطال العقد . ولكنه يعتبر متعسفاً إذا استعصم . فالمتعاقـد هنا وقع بالفعل ضحية الإكراه . وقد تميت إرادته حقيقة . فكيف يعتبر متعسف في استعمال حق الإبطال ، إذا كان هو بنفسه يسمي إلى الخلاص من عقد لم تأت أكرادته حرة في إبرامه ! ولا يقبل عنه أن يوصم بالتعسف لمرد أن إبطال العقد ينتقض الغرض المشروع الذي سعى غرضه إليه عن طريق تهديده . بقيت فكرة الإرادة الظاهرة التي أثارها الأستاذ الكبير ، ليؤسس عليها بقاء العقد الذي يبرمه المتعاقـد تحت تأثير الإكراه المشروع ، أو الرهبة التي تتولد بحق . وهي بدورها فكرة غير مقبولة أصلاً . لأنه لا توجد هنا إرادة ظاهرة تخالف إرادة حقيقية . فتماماً إرادة واحدة . وهي الإرادة الحقيقية . ما دام التعبير عن الإرادة جاء مطابقاً تماماً لقصد صاحب . كل ما في الأمر أن تلك الإرادة الحقيقية لم تأت عن حرية واختيار ، وإنما عن ضغط وإجبار . والحقيقة أن تطلب أن يكون الإكراه غير مشروع . وبعبارة أخرى تطلب أن تكون الرهبة بغير حق . لثبوت حق طلب إبطال عقد المكره . يرجع في أصله للتاريخي للقانون الروماني . كما ذكرن . وهو التعبير الذي يقف عنده الفقهاء القرتسيون : أما في القانون المصري ، فاست في حاجة إلى كل هذا المنة لتبرير أن يكون الإكراه غير مشروع . ذلك لأن مجرد تعيب إرادة المتعاقـد . تحت ظل هذا القانون . لم يعد كافياً لثبوت حق إبطال العقد ، حتى لو ثبت أن الميب هو الذي دفع المتعاقـد إلى إبرامه . بحيث إنه ما كان ليتعاقـد لولاه . فطـة شروط أخرى يتطلبها المشرع . لاعتبارات معينة قدره . كاستقرار المعاملات ومقتضيات العدالة . ومن أهم هذه الشروط اتصال الميب بالمتعاقـد الآخر . على نحو أو على غيره . فليس عجيباً بعد ذلك أن يأخذ المشرع المصري . في تطلب في الإكراه الميـطـل لعمد أن يكون غير مشروع . حيث إنه فضل هنا —



وسيلة الإكراه في ذاتها مشروعة . أما إذا كان الغرض المراد الوصول إليه مشروعاً . اعتبرت الرهبة بحق . حتى لو كانت وسيلة الإكراه غير مشروعة ، ما لم تصل إلى حد ارتكاب الجريمة .

وإعمال هذا المعيار يؤدي بنا إلى وجود صور أربع في مجال الإكراه هي الآتية :

(أ) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع : ومثال هذه الحالة تهديد الشخص بالقتل أو بخطف ابنه أو بالتشهير به أو بإثارة فضيحة حوله : من أجل الوصول إلى حمله على إبرام تصرف لا يلتزم بإجرائه ، كإعطائه مبلغاً من النقود لمن يهدده . وحمله على أن يبيع له ماله . من غير أن يكون له حق لافي هذا الأمر ولا في ذلك . ويرى الفقه السائد أن الإكراه يتوافر في هذه الحالة . ولا جدال في صحة هذا الرأي . بل أن الإكراه يتواجد هنا في أبشع صوره .

(ب) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع : ومثال ذلك أن يهدد الدائن مدينه بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر إفلاسه ، حتى يحمله على دفع الدين الذي له عليه<sup>(١)</sup> أكثر . أو تحرير سند به ، أو تقديم رهن أو كفالة لضمانه . والفقه السائد يرى في هذه الحالة أن الإكراه لا يتوافر . لاعتبار الرهبة المتولدة عنه بحق . ولا جدال أيضاً في صحة هذا الرأي . والقضاء يجمع عليه سواء في فرنسا<sup>(٢)</sup> أو في مصر<sup>(٣)</sup> .

(ج) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع : ومثال هذه الحالة أن يهدد شخص آخر بالتبليغ عن جريمة ارتكبتها . ليحمله على

---

« وبحق - مصلحة المصالح الآخر . طالما أنه استعمال حقاً يقرره له القانون في تهديد غريمه ، في حدود الغرض المحدد ، ومن غير شطط أو إسراف أو إساءة . وفضلاً عن ذلك فالمشروع ، بتقريره أن الإكراه المشروع لا يؤثر في ائتمه . يتجاوب مع انقضاء الإسلام الذي يقضى بأن الإكراه بحق ، أو ما يطلق عليه فيه « الجبر الشرعي » يقع غير مبطل للعقد .

(١) انظر الأحكام المشار إليها في الهامش (٣) من صفحة ٣٦٤ .

(٢) انظر الأحكام المشار إليها في الهامش ٢ من صفحة ٣٦٧ .

أن يعطيه مبلغاً من المال لاحق له فيه <sup>(١)</sup> ، أو أن يهدده بأن ينفذ على أمواله بمقتضى دين له ، إن لم يبيع له أرضاً لعلقة لها بالدين <sup>(٢)</sup> . والفقه السائد يرى الإكراه متوافراً هنا ، اعتباراً بأن الرهبة المتولدة عنه بغير حق . ولا شك أن هذا الرأي بدوره صحيح . والقضاء في فرنسا وفي مصر ، وعلى رأسه محكمة النقض ، مجمع عليه <sup>(٣)</sup> .

(د) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع ، والمثال الذي يعطى عادة لهذه الحالة أن تهدد امرأة عشيقها بالتشهير به لدى خطيبته أو زوجته إن لم يدفع لها مبلغاً من المال ، تعويضاً لها عما نالها من ضرر <sup>(٤)</sup> . ويرى أكثر الفقهاء هنا أن الإكراه لا يتوافر . إلا إذا كان الأمر المهدد به ينطوي على جريمة <sup>(٥)</sup> . كما إذا كان تهديد المرأة عشيقها

(١) راجع نقض فرنسي - هرائس - ٦ إبريل ١٩٠٣ وتطبيق Naquet ، سيري ١٩٠٤ - ١ - ٥٥٥ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بطلان سند حرقته زوجته لزوجها بدين عليها له ، حالة كونها غير مقيمة في الحقيقة ، وذلك على أثر تهديده بإيهاها برفع دعوى الزنى ضدها . وقد أسس الحكم الإبطال على الإكراه .

(٢) راجع نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، مجموعة النقض ص ٥ ص ٢٠٨ السابقة الإشارة إليه .

(٣) انظر من أحكام النقض المصرية : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ ، مجموعة النقض ص ٢٧

ص ٨١٥ - نقض ١٩٧٦/١/٢٦ . مجموعة النقض ص ٢٧ ص ٣٠١ - نقض ١٩٧٤/١/٢٢ .

مجموعة النقض ص ٢٥ ص ٢٠٨ . وانظر من أحكام القضاء الفرنسي : نقض مدني ١٩٥٤/٦/٣٠

Sem. Jur. ١٩٥٤ ، ٨٣٢٥ - نقض مدني فرنسي ١٩٥٩/١١/٣ ، ١٩٥٩ ، Gaz. Pal. ١٩٦٠ .

١٩٦٠ ، منشور أيضاً في دالوز ١٩٦٠ ص ١٨٧ ، منشور كذلك في Rev. trim.

١٩٦٠ ص ١٩٥ . والأحكام المذكورة في هذا الحاشي سواء أكانت مصرية أم فرنسية أشير

إليها فيما سبق .

(٤) يلاحظ هنا أن التصرف الذي بمقتضاه يطلى المشيق لعشيقته مبلغاً من المال ، بدو

انتباه الملاحاة الأئمة ، وبنية تعويضها عما نالها من أضرار في الماضي ؛ مثل هذا التصرف يعتبر

في ظل القانون المعاصر ، صحيحاً ، على اعتبار أنه لا يخالف النظام العام . بل إن البعض يعتبره

واجباً أدبياً يرتقي إلى مرتبة الالتزام الطبيعي . وذلك بخلاف الهبات التي يمنحها المشيق لعشيقته

بنية حملها على بدء المعاشرة أو الاستمرار فيها ؛ فكل هذه الهبات تقع باطله ، لخالفها لنظام العام

وحسن الآداب .

(٥) انظر من يقولون بهذا الرأي : السبوري . المرجع السابق ، طبعة ٢ ص ٣٧٠ في

الحاشي . ويرى الفقيه الكبير أنه ما دام التفرغ مشروعاً ، فإن الإكراه البطل للعقد لا يتوافر ،

حتى لو استعملت وسائل غير مشروعة . وهو يرى أن هذه القاعدة ليست في الواقع إلا تطبيقاً -

بقتله . إذ أن الرهبة هنا . وإن تولدت بوسيلة غير مشروعة . إلا أن الغرض المقصود منها مشروع . ونحن لا نقر هذا الرأي . إذ أنه لا يسوغ للشخص أن يستعمل . في سبيل الوصول إلى حقه . وسيلة لا يجيزها له القانون <sup>(١)</sup> .

من هذا يتبين لنا أن الغرض المقصود من الإكراه لا يكتفى وحده معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق . وإنما يلزم أن تضم إليه وسيلة الإكراه ذاتها . فالرهبة تعتبر بحق ، ومن ثم لا يتوافر الإكراه ، إذا استعملت وسيلة مشروعة . سعيًا وراء غرض مشروع . وتعتبر الرهبة بغير وجه حق . وبالتالي يقوم الإكراه ، إذا كان الغرض المستهدف غير مشروع . أيًا ما كانت الوسيلة المستعملة . أي حتى لو كانت في ذاتها مشروعة . كما أن الرهبة تكون بغير حق أيضاً ويقوم الإكراه . إذا كانت الوسيلة غير مشروعة . حتى لو كان الغرض المستهدف منها مشروعاً .

---

« المبدأ الذي يقتضيه بأن الغاية تبرر الوسيلة » . وهو يصل إلى حد تقرير أن الشخص أن يستغنى حقه بنفسه ، ما دام لا يتصف في ذلك ، وما دام لا يرتكب عملاً إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائي . وهذا القول من الفقيه الكبير يقتضيه الوقوف عنده . فن ناحية ، لا يوجد في القانون مبدأ أن الغاية تبرر الوسيلة . بل إن هذا المبدأ يتناقض مع التزعة الأخلاقية التي تسود القواعد القانونية . ثم إن القول بأن الشخص أن يستغنى حقه بيده غير سليم إطلاقاً . فهو يتناقض مع مبدأ قانون أساسي ، وهو أنه لا يجوز للشخص أن يأخذ الحق لنفسه بنفسه ، أو أنه ليس للشخص أن يقر العنف لنفسه بنفسه . ملاحظة أخيرة نسوقها على قول أورده الأستاذ الفيلسوف السوربي في المجال الذي نحن بصدده ، ومؤداه أنه يجوز للشخص أن يهدد آخر - ولو بوسيلة غير مشروعة ، طالما أنها لا تصل إلى حد الجريمة - حتى يحصل منه « على الإقرار بالتزام طبيعي وتحويله إلى التزام مدني » . وهذا القول محل نظر ، حتى لو سلمنا بأن لإكراه هنا مشروع . إذ أن من مقتضيات الالتزام الطبيعي أن لا تنجر في تنفيذه (المادة ١٩٩/٢ مدني) ، وإنما يترك أمر أدائه إلى محض أرحمة المدين . فإن أجبر المدين بالتزام طبيعي على أدائه أو على التمسك بأدائه مستقبلاً ، كان تصرفه غير صحيح ، حتى ولو لم يتوافر الإكراه بالمعنى القانوني الذي يحمل منه عيباً يشوب الرضا . وانظر من يقولون بالرأي الذي نعارضه أيضاً : **Demoguc** ، ج ١ ، نلذة ١٨٤ - **Planioi, Ripert et Esmein** . نلذة ١٩٦ . وانظر من فقهاءنا المصريين : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نلذة ١٨١ . (١) انظر في اتجاه الرأي الذي نقول به : **Mazeaud** ، المرجع السابق ج ٢ ، نلذة ٢٠٢ . وانظر أيضاً **De Page** ، المرجع السابق نلذة ٦٠ . حيث يرى أن الإكراه يتوافر إذا لجأ شخص ، في سبيل الوصول إلى حقه ، إلى التجهيز باتخاذ إجراءات لا حق له فيها . ويقول في تبرير ذلك إن مشروعية الغرض لا تبرر استخدام العنف .

وتحديد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق ، وبالتالي تحديد ما إذا كان الإكراه مشروعاً فلا يمس العقد . أو غير مشروع فيدمغه بالقابلية للإبطال . هذا التحديد يعتبر من مسائل القانون : فيخضع قاضي الموضوع في شأنها لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup> .

#### ١٧٥ - الشرط الثاني : الرهبة الدافعة إلى التعاقد :

يلزم أن تكون الرهبة التي تولدها وسيلة الإكراه هي الدافعة إلى التعاقد . بمعنى أنه لولاها لامتنع المكره عن إجراء التصرف .

وشرط كون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد بدسبى . ولا صعوبة فيه . إذ أن الإكراه لا يؤثر في العقد . إلا على أساس أنه يفسد الرضاء . وهو لا يعتبر كذلك . إلا إذا حمل المتعاقد بالفعل على التعاقد . فإن ثبت أن المتعاقد . كان ليبرم التصرف . وب نفس الشروط التي تم عليها . حتى لو لم يسلط عليه سيف التهديد . فإن الإكراه لا يعتبر مفسداً لرضائه . وفي هذا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط .

#### ١٧٦ - الشرط الثالث : النصال الإكراه بالمعاهد الآخر :

يلزم في النهاية . لإعمال الإكراه باعتباره عيباً يشوب الرضاء ويجعل العقد بالتالي قابلاً للإبطال . أن يكون متصلاً بمن يتعاقد مع المكره . ويعتبر الإكراه هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد مع المكره . كما هي الحال الغالبة في العمل . بيد أن هذا ليس ضرورياً فيمكن أن يكون المتعاقد مع المكره عالماً بالإكراه أو كان مفروضاً عليه حتماً أن يعلم به . إن وقع من غيره . وهكذا نصل إلى أن الإكراه . كالتدليس تماماً . لا يعتبر مفسداً للرضاء . إلا إذا وقع من المتعاقد الآخر . أو كان هذا على علم به . أو كان المفروض

(١) انظر : نقض ١٩٧٤/١/٢٢ . طعن ٣٨/٣٦٥ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن « تقدير كون الأعمال التي وقع بها الإكراه مشروعة هو من يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبنية في الحكم . لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانوني المعطى لواقعة معينة يترتب على ما يقع من الخطأ فيه الخطأ في تطبيق القانون . وانظر في نفس المعنى : نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ طعن ٣٨/١٣٦ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ رقم ٢٣٣ .

حتماً أن يعلم به . وفي هذا تقتضى المادة ١٢٨ بأنه : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين . فلبس للمتعاهد المسكوه أن يطلب إبطال العقد . ما لم يثبت أن المتعاهد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه » . ولا توجد في الحقيقة علاقة بين أثر الإكراه في إفساد الإرادة وبين الشخص الذى أصدره . أكان هو المتعاهد الآخر أم أجنبياً . ولا بين علم المتعاهد الآخر به أو جهله إياه . فالإكراه يفسد في واقع الأمر رضاه ضحيته مادام هو قد ولد رهبة في نفسه دفعته إلى التعاقد . دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان قد صدر من المتعاهد الآخر أم من غيره . أو بما إذا كان هذا المتعاهد الآخر يعلم به أو لا يعلم . ولكن المشرع لاحظ . من ناحية أخرى . أن العدالة تقتضى ألا يهمل العقد : إضراراً بصالح المتعاهد الآخر . إذا كان هذا الأخير حسن النية تماماً . بأن لم يتم بالإكراه ولم يعلم به عند التعاقد وما كان مفروضاً حتماً أن يعلم به وقتذاك . وحسب من وقع ضحية الإكراه هنا أن يرجع بالتعويض على من أكرهه .

ويلاحظ أن مقتضى التقيد بحرفية نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ أن يودى بنا إلى عدم إعمال نظام الإكراه . إلا إذا كان واقعاً من المتعاهد الآخر . أو كان هذا الأخير عالماً به أو كان المفروض أن يعلم به حتماً . بيد أنه يلزم التوسعة في ذلك والقول بإعمال الإكراه إذا وقع من النائب . كالولى والوصى والقيم والوكيل . لأن النائب . وإن كان لا يعتبر من الناحية القانونية هو المتعاهد . فهو الذى يمثل في إبرام العقد . وأغلب الظن أنه قد جاء سهواً من المشرع ألا يذكر النائب ليعطى الإكراه الواقع منه حكم الإكراه الحاصل من أصيله . على نحو ما فعله في خصوص التدليس ( المادة ١٢٥ / ١ ) . وأياً ما كان الأمر . فينبغى هنا قياس الإكراه على التدليس . والقول بأنه يعيب مثله الرضاء ، ليس فقط إذا وقع من المتعاهد الآخر . بل أيضاً إذا وقع من نائبه . كما أننا نرى هنا وجوب التوسعة في المقصود بالنائب ليشمل كل من يكلفه المتعاهد بالعمل على إجراء الصفقة لحسابه كالسمسار المكلف والتابع<sup>(١)</sup> .

كما إنه يلاحظ أنه ، وإن كان من شأن حرفية نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ أن تقتضي وجوب توافر شرط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر في جميع أنواع التصرفات . إلا أننا نرى مع ذلك قصر تطلبه على المعاوضات وحدها . دون التبرعات . شأن الإكراه في ذلك شأن ما قفناه في صدد التدليس . وتأسياساً على نفس الاعتبارات <sup>(١)</sup> .

### ١٧٧ - أثر الإكراه :

بيننا فيما سبق شروط الإكراه . وإذا توافرت هذه الشروط . أنتج الإكراه أثره . ويتركز هذا الأثر في دمج العقد بالقبالية للإبطال لمصلحة من جاء رضاه متعيماً . أى لمصلحة الطرف الذي وقع ضحية الإكراه <sup>(٢)</sup> .

ويثبت حق طلب الإبطال للمكروه . سواء دفعه الإكراه إلى قبول المتعاقد ذاته . أم اقتصر على حمله على قبول شروط أقصى وأشد وقرأ مما كان يقبل بها العقد من غيره : شأن الإكراه في ذلك شأن التدليس <sup>(٣)</sup> .

وإذا كان الإكراه يعتبر عيباً يشوب الرضاء . ويجعل بالتالي العقد قابلاً للإبطال ، فإن ذلك لا يجعلنا نفل عن مكنون ذاته . من أنه يتمثل من صاحبه عملاً خاطئاً من شأنه أن يشغل مسؤوليته التقصيرية . وعلى ذلك يجوز لفصحية الإكراه . إلى جانب الخيار المتاح له بين التمسك بالعقد وإبطاله . أن يطلب التعويض عما ناله من ضرر من أوقع به الإكراه . إذا كان لهذا التعويض محل . وإذا وعينا هذا الأمر ، أدركنا أنه يجوز لمن يكره على إبرام عقد معين بشروط تبطله الإبقاء على العقد ذاته ، إذا كان فيه رغباً ، بأن

---

(١) راجع ما سبق ، نبله ١٦٦ .

(٢) وهذا الحكم . إن خالف السائد عند الشافعية والجمهور ، حيث يقع عقد المكروه بطلاً عنتم . وإن خالف ما يقول به فقهاء الحنفية من وقوع عقد المكروه موقوفاً أو فاسداً على خلاف بينهم . فهو يتفق مع مذهب المالكية ، حيث ييرون بوقوع عقد المكروه منعقداً غير باطل وصحيحاً غير فاسد . وناقذاً غير موقوف ، ولكنه يكون غير لازم ، حيث يثبت للمكروه خيار الفسخ .

(٣) راجع ما سبق . نبله ١٦٨ .

لا يتمسك بإبطاله . ويتخلص في نفس الوقت من الشروط المبهطة التي أكره  
على ارتضاها على أساس المسئولية التقصيرية ، إذا توافرت شروطها .  
اعتباراً بأن ذلك يتمثل تعويضاً عينياً للضرر الذي أوقعه به الإكراه . وفي  
ذلك يتشابه الإكراه مع التدليس .

#### ١٧٨ - هل تصل الخشية التأديبية إلى مرتبة الإكراه ؟

بعد أن بينا شروط إعمال الإكراه وأثره ، يحسن بنا أن نتناول بعض  
الحالات العملية التي ثار حولها الجدل . ومن هذه الحالات الخشية التأديبية .  
أو السطوة الأدبية *Crainte révérentielle* التي يستشعرها شخص معين نحو  
آخر . نتيجة ما يمكنه له من عظيم الاحترام والتقدير والإجلال . وهذه . على  
وجه الخصوص . وبصفة عامة : هي حالة الابن بالنسبة إلى أبيه ، والمردوس  
بالنسبة إلى رئيسه ، والتلميذ في مواجهة أستاذه ، والمتدين مع رجل الدين .

ففي هذه الحالات ومثيلاتها : نجد أن ثمة نفوذاً أدبياً يكون لشخص على  
آخر . للأب ، مثلاً ، على ابنه . وهذا النفوذ قد يولد في نفس من يقع عليه  
رهبة قد تؤدي به إلى الانقياد والانصياع . فهل يعتبر ذلك إكراهاً ؟ لو أن  
الأب ، مثلاً ، عرض على ابنه إجراء تصرف قانوني معين كبيع أو إيجار  
أو هبة ، فرضخ الابن لمشبته أبيه ، وأجرى التصرف على نحو ماطلبه منه .  
لمجرد الخشية من أن يفضيه . وتأثير السطوة التأديبية عليه ، فهل يجوز هنا  
للابن أن يظن في التصرف بالإكراه ، بمقولة إنه إجراء تحت تأثير الخشية  
التأديبية نحو أبيه . وبالتالي تحت سلطان رهبة تولدت في نفسه ؟

القاعدة في ذلك أن مجرد النفوذ الأدبي أو الخشية التأديبية أو السطوة  
الأدبية لا يعتبر إكراهاً ، طالما لم يقرن به عمل مادي من أعمال التهديد  
أو الضبط (١) . فالنفوذ الأدبي أو الخشية التأديبية أمر يستشعره المرء بذات

---

(١) وقد صرحت بهذا الحكم كثرة من القوانين . فالمادة ١١١٤ مدني فرنسي تقضي بأنه :  
« مجرد الخشية الناتجة من الإجلال نحو الأب أو الأم أو غيرها من الأصول . ومن غير مباشرة  
أي إكراه لا يمكن إطلاقاً لإبطال العقد » . وتقضي المادة ٥١ من قانون الالتزامات والعقود =

نفسه وعلى نحو تلقائي . ومن غير أن يعمد الأب ، مثلاً ، إلى أن يبعث في نفس ابنه . في حين إنه ينبغي القول بأن الرهبة التي تعتبر إكراهاً هي تلك التي تُبعث في نفس صاحبها بفعل فاعل . وذلك واضح تماماً من نص المادة ١٢٧ / ١ التي حددت الإكراه على أنه التعاقد من شخص « تحت سلطان رهبة بعينها المتعاقد الآخر في نفسه . . . » . ومن نص المادة ١٢٨ التي جاءت تقول : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين » .

والحقيقة أنه قد تواجدت - منذ بعض الوقت - في الفكر القانوني المعاصر ، فكرة ترمى إلى التوسعة في نظام الإكراه ، وجعله شاملاً لحالات

= المغربية (وتقابلها المادة ٥٥ تونسي) بأنه : « الخوف الناشئ من الاحترام لا يجوز الإبطال إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية » . وتقضي المادة ٢١٢ لبناني بحكم مماثل . وقد جاء المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري متضمناً بدوره نصاً يصرح بنفس الحكم . فقد قضت المادة ٢/١٧٨ منه بأنه : « ولا يعتبر مجرد النفوذ الأدبي ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وقد علقت المذكرة الإيضاحية على هذا النص بقوله : « ... والتجنيب الثاني خاص بالنفوذ الأدبي . وهو بمجرد لا يعيب العقد وإنما يعيبه إذا صحبه ( الإكراه ) وفقاً لمادة المشروع الفرنسي ( المادة ٢٠ ) » . أو إذا كان هناك تأثير غير مشروع . على حد تعبير المشروع . ويقصد بمادة « التأثير غير المشروع » استغلال أو إساءة الاحترام الواجب نواله أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... الخ ، بقصد إبراز مضم فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع ، يكون النص أرحب سمة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عنصر معين من أعمال الإكراه ... » . وقد حذف نص المادة ٢/١٧٨ من المشروع التمهيدي ، فزادت في القانون المدني المصري اكتفاء بالنص الذي تضمن الاستغلال .

وانظر من أحكام القضاء التي قضت بأن مجرد الخشية التأديبية أو النفوذ الأدبي - وبدون اقتراثها بإجرام مادي التهديد أو الضيف - لا يعتبر إكراهاً : نفقش مدني ٢/٢٥/١٩٤٣ . مجموعة مرجع ٤ ص ٥٩ رقم ٢٩ . وقد جده في هذا الحكم أن مجرد النفوذ الأدبي أو حينه يقترب لا يمكن إبطال العقد . بل يجب أن يقرن ذلك بوسائل إكراه غير مشروعة . وانظر أيضاً نفقش ١٢/٤/١٩٤٥ . مجموعة مرجع ٤ ص ٦٢٨ رقم ٢٣٧ . وانظر كذلك نفقش ٦/٩/١٩٧٠ ، طعن ٣٦/١٤٢ في مجموعة النفقش ص ٢١ صفح ١٠٢٢ رقم ١٦٣ . وانظر استئناف أسبوط ١٢/٢/١٩٤٣ . المضافة ص ٢٢ ص ٦٩٨ رقم ٢٤٤ . وقد قضى هذا الحكم برفض دعوى إبطال عقد امرأتان لأخيهما - حالة كونهما متزوجتين وتميضان في استقلال عنه - لعدم إمكان القول بوقوع وسائق ضغط منه عليهما حملهما على قبول ما لم تكونا تقبلانه اختياراً .



يرى الشخص نفسه فيها مضطراً إلى إبرام التصرف . من غير أن يوجه إليه ضغط أو تهديد من أحد . كما هو الشأن في الحالات التي يرتضى فيها التصرف تحت تأثير مجرد الخشية أو السطوة التأديبية . أو تحت تأثير الخوف من خطر ولدته الظروف المحيطة ذاتها . ومرد ذلك إلى الرغبة في حماية التعاقد . وهى من بعد رغبة نبيلة لها ما يبررها . بيد أن هذه الفكرة تواجدت في ظل القوانين التي بقيت ملتزمة بالفكر التقليدى . كالقانون الفرنسى وقانوننا القديم . وهو فكر يقصر عيوب الرضا على الغلط والتدليس والإكراه . أما وقد أخذ عيب زابع من عيوب الرضاء . وهو الاستغلال . يثبت أقدامه في الفكر القانونى المعاصر وتتحدد معالمه . وأخذ به قانوننا المصرى الحالى بالفعل . فإنه يتعين أن يقصر الإكراه على أصيل مدلوله . تاركاً أمر الحالات التي أريد إقحامها عليه . لتجد مكانها الصحيح في دائرة الاستغلال<sup>(١)</sup> .

وإذا كانت الخشية التأديبية لا تعتبر في ذاتها إكراهاً . إلا أنه يمكن الطعن بسببها في العقد ، إذا عمد من تستشعر نحوه إلى أن يفيد منها . للحصول ممن يحسها على مغم فاحش أو منفعة مفرطة . وذلك ليس تأسيساً على الإكراه . وإنما تأسيساً على الاستغلال . الذى سوف نعرض لدراسته بعد قليل . وإذا

---

(١) ويلاحظ ، في خصوص الخشية التأديبية أو السطوة الأديبية وكذلك في خصوص الرهبة المتولدة من الظروف التي سوف نعرض لها بعد قليل ، يلاحظ في خصوص هذين الأمرين كليهما ، أن المشروع التمهيدى لقانوننا المدنى المصرى جاء ، في نصوصه وفي مذكرته الإيضاحية ، مضطرباً حائزاً بين الإكراه والاستغلال . فقد جاءت المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى ( وقد حذفت في لجنة المراجعة ) ، في خصوص الرهبة المتولدة من الظروف ، تقول إن العقد لا يعتبر قابلاً للإبطال بسبب الإكراه . إذا كان الطرف الآخر حسن النية ، ولم يقصد أن يستغل الطرف الآخر . . وقد جاءت المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٧٨ الآنف ذكرها ، في خصوص الخشية التأديبية ، تقول بدورها إن التأثير غير المشروع الذى من شأنه أن يجعل العقد قابلاً للإبطال يقصد به « استغلال أو إساءة استعمال الاحترام الواجب لوالد أو رئيس أو لرجل من رجب الدين . . . يقصد بهزاز مغم فاحش أو منفعة مفرطة » . وفي خصوص الرهبة المتولدة من الظروف ، جاءت المذكرة تقول إن من يجد غيره مهدداً بخطر جسيم « فيستل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن المتسبب في الطرف المنجى . إلا أنه انتفع به فنحصل على مغم فاحش » .

كان بعض الفقهاء وبعض أحكام المحاكم في فرنسا ، وكذلك في مصر تحت ظل قانوننا المدني القديم <sup>(١)</sup> . قد قالوا بإمكان الطعن بالإكراه في حالة إبرام التصرف تحت تأثير الخشية التأديبية ، فلم يرد ذلك عندهم المتمثل في قصدهم التمييز بين إبطال العقد - إذ أن الاستغلال لا يعتبر إلى الآن من عيوب الرضاء في فرنسا . وكذلك كان الشأن في مصر قبل صدور قانوننا المدني الحالي . أما الذي يدهش حقاً هو أننا لا نرى الكثيرين من فقهاءنا يقولون . تحت ظل قانوننا الحالي . بأن الخشية التأديبية تعتبر إكراهاً . إذا استهدف بها الوصول إلى غرض غير مشروع <sup>(٢)</sup> .

#### ١٧٩ - الرهبة المتولدة من الظروف :

من الحالات التي تثار فيها التساؤل . حول ما إذا كان الإكراه يعتبر متوافراً أم لا . تلك التي يرى الإنسان فيها نفسه معرضاً لخطر جسيم . دون أن يجيء هذا الخطر نتيجة فعل أحد من الناس . بل نتيجة الظروف المحيطة وحدها . وتؤدي به هذه الحالة إلى ارتضاء عقد مجحف به . ومثال ذلك أن يشرف شخص على الفرق . فيلتمس النجاة من شخص يراه بجواره . متعهداً له بإعطائه مبلغاً كبيراً من النقود ، لو تقدم لإنقاذه . ومثال ذلك أيضاً أن تستدعى حالة مريض إجراء عملية جراحية عاجلة وخطيرة . فيتفق هو أو أحد من ذويه مع جراح كبير على إجرائها نظير مبلغ باهظ .

(١) انظر استئناف أمبو ٨ مايو ١٩٢٩ ، الهامة س ٩ رقم ٤٨٧ ص ٨٦١ . وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها هذا الحكم في أن أحد مطاردة المسيحية . بتأثيره الديني وسلطته الأدبية تسبب على امرأة وجعلها تنقاد له ، الأمر الذي أدى بها إلى الرجوع عن وصية كانت قد أبرمتها لصالح بعض أقارب بئر من مدينة . ووقف هذه الأرض على الفقراء . وتصبب المطران نفسه ناغراً على الوقت ، مع تفويضه في إنفاق التبرع على الفقراء ونحوهم دون ما رقيب عليه في ذلك . فحسب المحكمة بطلان الوقت . وإن كان قد جانبها التوفيق في تأسيس البطلان على انعدام الرضاء . وواضح من واقعات النزاع أن المحكمة اعتبرت ما وقع من المطران إكراهاً . ولو أن واقعات النزاع حصلت في مصر بعد نفاذ قانونها المدني الحالي الذي أخذ بنظام الاستغلال . لكان السبيل السوي للظمن في الوقت هو الاستغلال .

(٢) انظر في هذا الاتجاه : السبوري ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ - حشمت أبو ستيت : مرجع السابق نبذة ١٨٣ - عيد المنعم الصند ، المرجع السابق نبذة ١٧٨ .

ومن أهم القضايا التي عرضت على المحاكم الفرنسية في هذا الصدد قضية السفينة الدنماركية Rolf . وكانت هذه السفينة قد أشرفت على الفرق في المياه الإقليمية الفرنسية . فالتمس ربانها النجدة من إحدى سفن الإنقاذ . فطالب ربان هذه السفينة الأخيرة مقابلاً باهظاً مجحفاً . ولم ير ربان السفينة الأولى مناصاً من القبول . حتى لا تفرق سفينته بما حملت . ثم طعن بعد ذلك في عقد الإنقاذ ، تأسيساً على الإكراه . فهل يعتبر الإكراه هنا متوافراً حقاً ؟

اختلف الفكر القانوني الفرنسي حول هذا الموضوع اختلافاً كبيراً . ورأى بعض الفقهاء أن الإكراه لا يتوافر في الحالات التي نحن بصدددها . وحجبتهم في ذلك أن أحداً من الناس لا ينسب في توليد الرهبة التي تدفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد . إذ أنها تتولد بفعل الظروف المحيطة وحدها . ولكن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يميل إلى السير في الاتجاه العكسي . بمقولة إن مؤدى نظام الإكراه أن تكون الإرادة غير حرة فيما ترتضيه . أيّاً ما كان الأمر الذي يؤدي بها إلى عدم حريتها تلك . حتى لو جاء بفعل الظروف المحيطة وحدها <sup>(١)</sup> . وهذا الاختلاف في الرأي في الفقه الفرنسي وجد صداه في القضاء الفرنسي . فتغايرت أحكامه بدورها . وإن كان الاتجاه الغالب فيها يميل أيضاً إلى القول بإمكان الطعن بالإكراه <sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر من يقولون بهذا الرأي : Josseland ج ٢ نبذة ٨٨ - Planiol .  
Ripert et Esmein ج ١ نبذة ١٩٥ - Beudant ج ٨ نبذة ١٢ .  
(٢) انظر نفس قرنى - عرائض - ٢٧ أبريل ١٨٨٧ ، سبتمبر ١٨٨٧ - ١ - ٣٧٢ .  
دالوز ١٨٨٨ - ١ - ٢٦٣ . وقد قضى هذا الحكم في قضية السفينة Rolf المشار إليها في المتن بإبطال اتفاق الإنقاذ وتخفيض المقابل . وقد جاء المشرع الفرنسي ، بعد صدور هذا الحكم بمدة طويلة ، وأصدر قانوناً يتمشى مع مضمون الحكم . وهذا هو القانون الصادر في ٢٠ أبريل ١٩١٦ ، الذي نص على أن « كل اتفاق مساعداً أو إنقاذ أبرم في وقت الخطر وتحت تأثيره ، يمكن ، بناء على طلب أحد طرفيه ، إبطاله أو تعديله من المحكة ، إذا رأت الشروط المتفق عليها غير عادلة » .  
وانظر من أحكام القضاء الفرنسي الأخرى التي قضت بإبطال العقد على أساس الإكراه : Seine ١٢ مارس ١٩٤٥ . rev. tr. ١٩٤٥ ص ١٠٨ وملاحظات Boitard .  
وانظر عكس الاتجاه : Cimar ١٣ يوليه ١٩٤٦ ، سبتمبر ١٩٤٦ - ٢ - ١٢٤ .  
٧ مايو ١٩٥٤ دالوز ج ٦٩ ص ٦٩ .

وفي مصر . الرأى الراجح فقهاً وقضاء يقول كذلك إنه من الممكن الطعن بالإكراه<sup>(١)</sup> .

والرأى السليم الذى يتمشى مع طبيعة الإكراه ذاتها . ويتوافق مع أصله التاريخى الموروث . هو أن مجرد الرهبة المتولدة من الظروف المحيطة . كالرهبة المتولدة من الخشية التأديبية تماماً : لا يعتبر إكراهاً من شأنه أن يدمغ العقد بالقابلية للإبطال<sup>(٢)</sup> . فإدى الإكراه ، بحسب طبيعته نفسها وبحسب أصله التاريخى . أن تبعث الرهبة فى نفس المتعاقد بفعل فاعل ، لا أن تتولد تلقائياً بفعل الظروف المحيطة<sup>(٣)</sup> . ومقتضى ذلك أنه يتوجب أن تكون الرهبة قد ولدت فى نفس المتعاقد بفعل شخص معين . فلا يكفى أن تكون قد انبعثت تلقائياً فى نفس المتعاقد ، بتأثير ظروف تواجدت حوله .

وإذا كان الإكراه لا يتوافر فى الحالة التى يرم فيها شخص العقد تحت سلطان الرهبة التى تتولد فى نفسه بفعل الظروف المحيطة : فإنه من الممكن أن يظعن فى العقد على أساس عيب آخر . هو الاستغلال . وذلك إذا لجأ المتعاقد الآخر إلى أن يفيد من حالة الحرج والضيق والاضطرار التى تواجه فيها . فأمل عليه شروطاً تنطوى على عدم تناسب باهظ بين الأخذ والعطاء . بحيث تمثل تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية .

وغنى عن البيان أنه إذا كان الفقه فى فرنسا . وفى مصر تحت ظل قانونها القديم . قد قالوا بإعمال الإكراه فى الحالة التى يرم فيها شخص العقد تحت

---

(١) انظر فى ذلك : السبوري . الوسيط ج ١ ، تبعة ٢٠١ .

(٢) فضمن نص المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى ذكر حالات ثلاثة على اعتبار أن الإكراه لا يتوافر فيها . وهذه الحالات هى : (١) الخوف من المطالبة . (٢) التفوذ الأذى . (٣) حالة الخوف من خطر تولد الظروف أو ما يطلق عليه حالة الضرورة . وقد قضى النص أنه فى كل هذه الحالات لا يقوم الإكراه . طالما بقيت الأمور فى حدودها القانونية ولم تستغل للوصول إلى ابتزاز المال . وقد حذفت هذه المادة اكتفاء بما جاء فى القانون متعلقاً بالاستغلال . وهذا ما يدل على أن واضع مشروع القانون المذق يرون - ويحق - أن تلك الحالات ، فى مجموعها ، تدخل فى نطاق الاستغلال ، ولا تدخل فى نطاق الإكراه .

(٣) راجع ما سبق ، تبعة ١٧٨ .

سلطان الرهبة التي ولدتها الظروف المحيطة . فما ذلك إلا للخلاص من عقود كانت تتناقض مع الشرف ونزاهة التعامل . حالة كون الاستغلال ليس مقررأ تشريعيا . أما في ظل قانوننا المدني الحالي ، الذي أقر نظام الاستغلال في رحابة وسعة . فليست ثمة حاجة تدعونا إلى التخالف مع أصول الأشياء ، طالما أن التوافق معها يصل بنا إلى الغاية المرجاه .

### ١٨٠ - الإكراه في الفقه الإسلامي :

أولى الفقه الإسلامي الإكراه بألغ الاهتمام . واهتمامه به يتجاوز إلى حد كبير اهتمامه بغيره مما يدخل . عندنا اليوم . في زمرة عيوب الرضا . بل إننا لو أردنا النصفه ، لحق علينا أن نقول إن الإكراه هو الأمر الوحيد الذي يمثل : في الفقه الإسلامي . عيباً للرضاء . بمفهوم هذا الاصطلاح في فقه القانون المعاصر . فهو وحده الذي عاجله فقهاء المسلمين على أساس أنه يؤثر في التراضي (١) . وهو وحده الذي يمثل . في بعض المذاهب الإسلامية : أمراً يحس انعقاد العقد فيبطله (وهذا ما نقول به الشافعية) . أو يحس صحة العقد فيفسده (وهذا هو الراجح في فقه الحنفية) .

وأبرز مظاهر اهتمام الفقه الإسلامي بالإكراه أنه عاجله في إطار نظرية عامة . ولم يعالجه بمناسبة تصرف معين من التصرفات . كما يفعل عادة بالنسبة

(١) يفرق فقهاء المسلمين ، بصدد التراضي ، بين ثلاثة أمور :

١ - الإرادة أو القصد : وتقتل في حزم الشخص على إتيان الفعل .

٢ - الاختيار : ومؤداه أن تكون للشخص الحرية في أن يأتى الفعل الذي عزم على إتيانه أو أن يحجم عنه .

٣ - الرضاء : ويقصد به هنا معنى خاص مؤداه أن يكون الشخص مسروراً بما فعل راضياً فيه ومرتاحاً إليه ( انظر مصطلح الزرقا المربع السابق ، نبذة ١٨٤ - السبوري . المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠٠ حاشية ١ ) .

والاكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، لا يحس إلا المتصر الأخير ، أي متصر "رضاء" . لأن المكره يريد التصرف الذي يجزیه . وهو يجزیه عن اختيار ، إذا كان في مقدوره أن يتركه . لو قبل على نفسه تحمل الأذى الذي يتبدد . ولكنه لا يكون راضياً عما يفعل . لأنه يأتيه ، لا عن رغبة فيه وإرتياج إليه ، ولكن ليدراً عن نفسه الأذى الذي يتبدد . فهو يأتي الفعل . باعتباره أهون الشرين وأخف الضررين .

إلى التفرير والغبن . الأمر الذى جعل الفقهاء يفردون له ، فى مؤلفاتهم ، باباً خاصاً<sup>(١)</sup> .

واهتمام الفقه الإسلامى بالإكراه له فيه ما يبرره . فهو . باعتباره ضغطاً يسلط على المتعاقد . وفى أغلب الأحيان من المتعاقد الآخر . يتسق مع التزعة الموضوعية التى تسوده . وأكثر من ذلك . فالفقه الإسلامى . باعتباره مرآة الشريعة الدينية السمحة . يعمل على أن يكون الجزاء رهيناً بالاختيار عند الفرد . ويحارب بذلك ما يسلط عليه من سبل الضغط والقسر والإجبار . وتمشياً مع هذه الفكرة . جاء القرآن الكريم يحارب الإكراه فى العقود ، بقوله عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل . إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . وجاء الرسول الأمين يقول : « إن الله دفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ويعرف الإكراه . فى الفقه الإسلامى ، بأنه « حمل الغير على أن يفعل ما يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى نفسه » .

وقههاء المسلمين ينظرون إلى الإكراه . باعتباره عيباً يشوب الرضاء . نفس نظرة القانون المعاصر إليه . فهو لا يعدم الإرادة ولا الاختيار . وإنما يعدم فقط ما يطلقون عليه « الرضاء » ، بالمعنى الخاص لهذا الاصطلاح عندهم . والذى يفيد مجرد الرغبة فى الأمر والارتياح إليه<sup>(٢)</sup> . وهكذا فالاختيار موجود . ولكنه فاسد .

ويلزم لإعمال الإكراه : فى ظل الفقه الإسلامى ، توافر الشروط الآتية :

١ - يجب أن يكون الإكراه جسيماً ، بمعنى أن يكون الأذى الذى يتهدد

---

(١) بل أن فقهاء المسلمين . فى معالجتهم لنظرية الإكراه ، لم يتناولوه فقط على أساس أنه يعيب الرضاء فيما يسوونه التصرفات القولية ( وهى التى يقابلها فى لغة القانون المعاصر اصطلاح « التصرفات القانونية » ) ، بل أنهم تناولوه أيضاً باعتباره أمراً يمس ما يطلقون عليه التصرفات الفعلية ( وهى التى يقابلها فى لغة القانون المعاصر اصطلاح « الوقائع القانونية » ) ، مدنية كانت أم جنائية أم دينية .

(٢) انظر ما سبق ص ٣٨١ هامش (١) .

الشخص كبيراً . ويراعى ، فى تحديد جسامه الإكراه . معيار نسبي ذاتى يتعلق بحالة من يقع عليه . تماماً كما يقضى القانون المعاصر . فاقاد يعتبر إكراهاً للمرأة ، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة إلى الرجل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى الضعيف والقوى (١) .

وفى صدد جسامه الإكراه . يميز الفقهاء بين نوعين : (١) إكراه ملجئ أو تام . وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو أحد أعضاء الجسم ، كالتهديد بالقتل والضرب . (٢) إكراه غير ملجئ أو ناقص . وهو الذى لا يهدد النفس أو أحد أعضاء الجسم . وإنما يقتصر على أن يسبب الاغتمام البين والضيقة الشديد (٢) ، فيستطاع الصبر عليه ، من غير تعريض الحياة أو أحد أعضاء الجسم للخطر ، أو من غير فوات النفس أو العضو كما يقولون .

ولا أهمية لتقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ ، فى مجال العقود (٣) . فكلهما ينهض عاملاً مؤثراً فيها . بشرط أن يكون جسيماً .

وإذا كان الإكراه جسيماً ، فلا أهمية لما إذا كان يهدد النفس أو الجسم أو الشرف أو العرض أو المال . كما أنه لا أهمية لما إذا انصب الإكراه على المتعاقد نفسه أم على أحد غيره . ممن يهجه أمره . بيد أن الظاهر هو أن الفقه الإسلامى . يُلجأ هنا ، كما يقول القانون الفرنسى ، إلى تحديد الأشخاص

(١) ويلاحظ أن الفقه الإسلامى . يميل إلى تقرير شيء من التناسب بين الخطر الذى يهدد الشخص والمصل الذى يجبر على إتيانه ، بحيث لا يعتبر الإكراه متوافراً ، إلا إذا كان الأول أشد أذى من الثانى ، وبعبارة أخرى لا يعتبر الإكراه متوافراً ، إلا إذا كان المتعاقد . يذبراه التصرف الذى أجبر عليه ، قد درأ عن نفسه أذى أكبر .

(٢) ويبدو أن الفقه الجعفرى يقول بتقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ . فى معنى آخر يختلف تماماً . فالإكراه الملجئ هو ذلك « الذى يهدم الإرادة كلية . أما الإكراه غير الملجئ . فهو ذلك الذى يصدر فيه الفعل بزيادة الفاعل ، ولكن انبعاث الإرادة والقصد وقماً دفماً لتصرف الضرر وخوفاً من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أو غيره . باتلاف نفس أو قطع عضو أو أخذ مال أو حثك عرض أو حبس ونحو ذلك ... فالملجئ . يسلب الإرادة والرضا . وغير الملجئ . يسلب الرضا وطيب النفس ، دون الإرادة ( كاشف الغطاء ج ٣ ص ١٥٦ ) .

(٣) وإنما تظهر أهمية تقسيم الإكراه إلى ملجئ وغير ملجئ . فى صدد ما يسمى ، فى انقضاء التصرفات الفعلية ، وهى التى تقابل الوقائع القانونية فى لغة القانون المعاصر .

الذين يعتبر المتعاقد مكرهاً بتهديده بإلحاق الأذى بهم . فهم يتحددون .  
في بعض كتب الفقهاء ، بالابن والأب وكل ذى رحم محرم <sup>(١)</sup> . ويتحددون  
في البعض الآخر بالابن وحده .

٢ - ويستلزم الفقه الإسلامى أن يكون الإكراه بغير حق ، مثله في ذلك  
مثل القانون المعاصر تماماً . فالإكراه بحق ، أو ما يسمى في لغة الفقه الإسلامى  
« الجبر الشرعى » . لا يؤثر . ومثال ذلك أن يجبر القاضى المدين على بيع أمواله  
لسداد الديون التى عليه .

٣ - ويستلزم الفقه الإسلامى أن يقع الإكراه من شخص قادر على تحقيق  
ما أوعده ، أى قادر على تنفيذ تهديده ووعيده . وهذا شرط لا يتطلبه القانون  
المعاصر . ولا نفهم له حكمة . إذ العبرة في الإكراه بالرهبة التى تتولد في نفس  
المكره . وقد تتولد هذه الرهبة في نفسه . حتى لو كان غريمه غير قادر على  
تنفيذ ما أوعده به . طالما هو يعتقد قدرته عليه .

هذه هى الشروط التى يستلزمها الفقه الإسلامى لإعمال الإكراه . وذلك  
إلى جانب الشرط البدئى ، وهو كون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد .

ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يخالف القانون المصرى من حيث إنه لا يشترط  
اتصال الإكراه بالتعاقد الآخر . فالإكراه . تحت ظله . معتبر . حتى  
إذا كان واقعاً من غير التعاقد الآخر . ودون تواطؤ منه . وحتى لو كان  
هذا غير عالم بوقوعه . بل حتى لو لم يكن في مقدوره أن يعلم به . بل إن  
المذهب المالكى يتوسع في ذلك إلى حد بعيد : فيعتد بالإكراه . حتى لو تبوأ  
مصادفة . على غير علم من التعاقد الآخر . ومثال ذلك أن يضطر المدين  
إلى بيع ماله . سداداً لديونه . وهذا ما يسمى « بيع المضغوط » . فيبيع  
المضغوط . في الفقه المالكى . يأخذ حكم بيع المكره .

---

(١) انظر الميسوط . ج ٢٤ ص ١٤٣ . ١٤٤ . وقد أشار إليه الأستاذ السبوري في  
مترجمه . وانظر أيضاً المادة ٢٨٧ من مرشد الخيران التى تقضى بأنه : « الإكراه بحسب الوالدين  
والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بعضهم يعدم الرضا أيضاً » .



وإذا توافرت في الإكراه شروطه ، أنتج أثره . ويختلف أثر الإكراه . في الفقه الإسلامي ، باختلاف مذاهبه . وهو يتدرج فيها من العنف إلى اللين . فعند الشافعية . الإكراه يبطل التصرف . فيكون عقد المكره باطلا . كعقد الصبي غير المميز والمجنون <sup>(١)</sup> . وهم يستدلون في ذلك إلى قوله تعالى : « لا إكراه في الدين » . ويقول المذهب الجعفري بنفس مايقول به الشافعية من بطلان عقد المكره . وهو في ذلك لا يفرق بين الإكراه المادى الذى يعدم الإرادة بالكلية . وبين الإكراه المعنوى الذى يفسد الاختيار فحسب <sup>(٢)</sup> . وعند الحنفية ، يختلف حكم الإكراه . فعقد المكره يقع موقوفاً على إجازته عند زفر . ولكنه يقع فاسداً عند أبى حنيفة وصاحبيه . وهذا هو الرأى الراجح في المذهب . بيد أن القائلين هنا بالفساد لا يقرون لعقد المكره نفس حكم العقد الفاسد بوجه عام . بل هم يميزونه عنه بالأهمور الثلاثة الآتية : (١) الفساد في عقد المكره يزول بإجازته . اعتباراً بأنه يتقرر لمصلحته . خلافاً للفساد بسبب آخر . حيث لا يزول بالإجازة . اعتباراً بأنه مقرر حماية لحق الله وليس لحق العبد . (٢) بخلاف العقد الفاسد بوجه عام . لا يزول الفساد في بيع المكره بتصرف المشتري في المبيع لأحد من الغير . (٣) إذا أكسره البائع على البيع لمشتري غير مجبر على الشراء . وتسلم هذا الأخير المبيع ، سقط حق البائع المكره في التمسك بالفساد ، وذلك بخلاف الفساد الذى يلحق العقود بوجه عام ، حيث لا يحول قبض المشتري المبيع دون حقه في الفسخ استناداً إلى فساد البيع <sup>(٣)</sup> .

(١) انظر المتوسط ، ج ٢٤ ص ٥٦ وما يملها . وقد جاء في هذا المؤلف القيم ، الذى يعتبر من أمهات كتب الفقه الحنفى ، عرضاً للمذهب الشافعى : « وقال الشافعى تصرفات المكره قولاً تكون لقوا ، إذا كان الإكراه بغير حق » . بمنزلة تصرفات الصبي والمجنون ... وحجتى في ذلك قوله تعالى : « لا إكراه في الدين » .

(٢) انظر : كاشف الظلمة ، ج ٣ ص ١٥٣ .

(٣) ويلاحظ أن المذهب الحنفى يفتى من نطاق الإكراه . فهو لا يسمه في التصرفات التى لا تحصل الفسخ عنده ، كالزواج والطلاق والعتق والتفريق واليمين . وهكذا فطلاق المكره . في المذهب الحنفى ، صحيح . ولكنه يقع غير معتبر عند المالكية والشافعية والحنابلة . انظر ابن القيم في « إعلام الموقنين » ، ج ٤ ص ٤٣ ، أشار إليه في مؤلف الأستاذ السبوري .

أما عند المالكية : فالإكراه لا يمس انعقاد العقد بالبطلان ( كما تقول الشافعية والحنفية ) ولا يمس صحته بالفساد ( كما يقول الرأي السائد في الفقه الحنفي ) . ولكنه يقتصر على أن يجعل منه عقداً غير لازم ، بمعنى أنه يثبت للمكروه خيار الفسخ .

#### رابعاً : الاستغلال

١٨١ - الاستغلال exploitation بوجه عام نظام قانوني مؤداه أن يعتمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في آخر ، كحاجة ملجئة تتحكم فيه ، أو طيش بين يتسم به ، أو هوى جامع يملكه ، أو خشية تأديبية تسيطر عليه ، فيجعله يرم عقداً يتطوى عند إيرامه ، على عدم تناسب باهظ بين أخذه منه وعطائه له . فيؤدى به إلى غرم مفرط ، بحيث يمثل عقده هذا تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومنتفضيات حسن النية .

والاستغلال أمر جده شائع في العمل . وله صور تكاد تكون تقليدية . لفرض تكرارها يوماً بعد يوم . ومن هذه الصور أن تستغل زوجة ، في مستقبل العمر ، دلالها على زوجها الشيخ الهرم . وما يرتبه هذا الدال في نفسه من هوى جامع لإرضائها والتودد إليها . وتعمله بذلك على أن يهب ماله لها أو ذلولاها منه . ومنها أيضاً أن تتزوج عجوز بشاب ، فيستغل هذا فيها هواها الجامع نحوه في حملها على إجراء التصرف له في أموالها . ومن هذه الصور كذلك أن يستغل أحد من الناس ، لاسيما من نهاز الفرص منهم ، الطيش والترق في أحد من صغيرى السن من الشباب ، وعلى الأخص حديثي العهد بإرث المال عن أقربائهم . فيجعله يرم معه عقداً يتضمن له فادح الغبن : كما إذا استغل طيش الشاب في جعله يبيع أرضه أو داره بشئ زهيد لا يتناسب البتة مع قيمتها . أو استغل فيه هذا الطيش لجعله يشتري منه أشياء بأثمان يذمته .

١٨٢ - ويجب عدم الخلط بين الغبن والاستغلال . فالغبن هو مجرد عدم تناسب بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه . ومثاله أن يبيع شخص شيئاً .

تبلغ قيمته ألف جنيه . بخمسمائة أو ثمانمائة . أو أن يشتري هذا الشيء بألفين أو ألف وخمسمائة . وقد يجيء الغبن نتيجة الاستغلال ، كما إذا استغل المشتري الطيش البين أو الهوى الجامح في مالك الشيء . فيجعله يبيعه له بضمن زهيد . ولكن ليس من الحتم أن يأتي الغبن وليد الاستغلال . فالعبرة فيه بنتيجة العقد بالنسبة إلى المتعاقد . دون نظر إلى الوسيلة التي أدت إليها . فالغبن يتوافر . مثلاً ، إذا باع الشخص ماله بضمن بخس . حتى لو كان هو الذي سعى بنفسه إلى البيع بهذا الثمن . ولم يفعل المشتري إلا أنه قبل منه ما عرضه عليه .

أما الاستغلال . فهو . كما بينا . الالتجاء عن قصد إلى الإفادة من ناحية من نواحي الضعف الإنساني في المتعاقد . بجعله يرتضى تصرفاً يؤدي به إلى غرم مفرط فادح .

هكذا يظهر أن الفارق بين الاستغلال والغبن يتركز في أن الأول قد يكون وسيلة تؤدي إلى الثاني . وإن لم تكن وسيلة حتمية . حيث إنه من الممكن أن يترتب الغبن دون استغلال . ثم إن الاستغلال ، من ناحية أخرى . أعم من الغبن . فيمكن أن يجد له مكاناً في التبرعات . إلى جانب المعاوضات . بل إن التبرعات تتمثل بمجاله الرحب الحصيب . وذلك في حين أن الغبن لا يكون بطبيعته إلا في المعاوضات . فقوام الغبن عدم التناسب المالي أو الاقتصادي بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه . فلا يكون من ثم إلا في العقود التي تنطوي على الأخذ والعطاء . أي في المعاوضات . ولا يكون في التبرعات . حيث يوجد عطاء بلا أخذ . وأخذ بلا عطاء . كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من إعمال نظام الاستغلال في العقود الاحتمالية . وهي تلك التي لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنها وقت إبرامها ، كعقود التأمين . وذلك في حين أن الغبن لا يتواجد في هذا النوع من العقود كنظام قانوني من شأنه أن يؤثر فيها . إذ أنها تقتضي بذات طبيعتها احتمال الكسب أو الخسارة لهذا الطرف فيها أو لذلك <sup>(١)</sup> .

(١) راجع فيما سبق : السهري ، المرجع السابق نيفة ٢٠٢ .

١٨٣- والاستغلال . كعيب يشوب الرضاء ، نظام حديث العهد نسيئاً في دنيا القانون . فهو لم يعرف . كنظام شامل يسرى على التصرفات القانونية في مجموعها . إلا من عهد ليس بجهد بعيد . ولعل القانون المدني الألماني <sup>(١)</sup> هو الذي أوحى بفكرته للمدونات القانونية التي تلتها .

أما في القديم . فلم يكن نظام الاستغلال معروفاً . وقد كان يستعاض عنه جزئياً بنظام الغبن . بل حتى هذا النظام الأخير بقي محدود الأثر . فلم يكن له تأثير في العقود إلا في نطاق ضيق محدود . وفي حالات استثنائية خاصة تعددها النصوص .

وفي الوقت الحاضر . وبتأثير نزعة العدالة الاجتماعية من وجه . والرغبة في مكافحة إفادة البعض من ضعف الآخرين من وجه آخر . بدأ نظام الاستغلال يشق طريقه ويرسخ أقدامه في عالم القانون . وهو . إذا كان يرجع في نشأته إلى قوانين البلاد ذات النزعة الجرمانية ، وعلى الأخص القانون الألماني . إلا أنه امتد ليوجد مكاناً رحباً في قوانين كثير من البلاد الأخرى . حتى البلاد اللاتينية النزعة . وقد أخذ القانون المجرى بنظام الاستغلال ( المادة ١٢٩ ) . ومنه انتقل إلى قوانين بلاد عربية أخرى . كالقانون السوري ( المادة ١٣٠ ) . والقانون الليبي ( المادة ١٢٩ ) . والقانون العراقي ( المادة ١٢٥ ) . وأخيراً جاء القانون المدني الكويتي فأوسع لنظام الاستغلال رحابه . خاصاً بإياه بثلاث مواد . هي المواد من ١٥٩ إلى ١٦١ .

١٨٤- ونظام الاستغلال ذو شقين : فهو . من ناحية أولى . يحارب التفاوت الصارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه في التصرفات عموماً . دون الاقتصاد على بعض محدد منها . ودون الوقوف على نوعية معينة من المعاقدين . متخالفاً في ذلك مع نظام الغبن . بل إن نظام الاستغلال يسرى أيضاً . وكما سبق لنا أن بينا . على عقود التبرع . ويرى فيها الحقل الخصيب

---

(١) صدر القانون المدني الألماني في ٢٦ أغسطس ١٨٦٦ . وتنفذ في أول يناير ١٩٠٠ .

لإعماله . في حين أنها تتمثل مجالا مستقلاً على الغبن . ومن ناحية ثانية . لا يحارب الاستغلال التفاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء أو الإفراط في الغم ، إلا إذا جاء نتيجة استغلال ناحية من نواحي الضعف الإنساني في العاقد . ذلك الضعف الذي رأته المادة ١٢٩ متمثلاً أساساً في الطيش البين والهوى الجامح .

وقوام الاستغلال أمران ، يتمثل أحدهما وسيلة تستهدف الوصول إلى الثاني . فهو يقوم على استغلال الضعف الإنساني في العاقد . بغية الوصول منه إلى غم مفرط .

وقد غلب القانون الألماني الأمر الأول . فنظر إلى الاستغلال من زاوية أنه ينطوى . في المقام الأول . على استغلال الضعف في التعاقد . وقد أدى به ذلك إلى أن يرى فيه مخالفة لحسن الآداب ، من شأنها أن تدمغ التصرف بالبطان المطلق<sup>(١)</sup> (المادة ١٣٨ ألماني) .

ولكن النظرة الألمانية لنظام الاستغلال لم تسد في الفكر القانوني المعاصر . حتى في البلاد الأخرى التي تسير قوانينها على النهج الجرماني . كملونة اللتزيمات السويسرية . ذلك لأن استغلال الضعف في العاقد . وإن كان يتمثل تنكراً لشرف التعامل . إلا أنه مع ذلك لا يصل في تدنيه إلى مرتبة الأعمال التي تعتبر مخالفة لحسن الآداب . على نحو ما يقصد بهذا الاصطلاح .

وإذا كان الفكر القانوني لم يتقبل النظرية الألمانية للاستغلال على اعتبار أنه ينطوى على مخالفة لحسن الآداب . فقد نظر إليه على اعتبار أنه يتمثل عيباً في الرضاء . متأثراً في ذلك بمشروع القانون الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٢) . الأمر الذي دعاه إلى أن يرى الجزاء المترتب عليه لا يتمثل في بطلان التصرف . وإنما يتمثل . في أبعد الحدود . في دمهه بالتقابلية للإبطال . وقد أثر القانون المدني المصري أن يتمشى مع هذه النزعة الأخيرة .

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٢٩ من المشروع التمهيلي التي أصبحت بعد تعديل المادة ١٢٩ من القانون ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٩٠ .

وهي من بعد التزعة التي تنهجا قوانين أغلب الدول التي أخذت بنظام الاستغلال<sup>(١)</sup>.

وقد راعى المشرع ، في اعتبار الاستغلال عيباً في الرضاء . أن ناحية الضعف في العاقد التي تستغل فيه ليبرم تصرفاً يؤدي به إلى الإفراط في الغرم . تصل به إلى أن رضاه لا يكون تام السلامة . فهو إما أن يأتي عن غير كاهل بيته ، كما لو استغل فيه طيشه البين . وإما أنه يأتي عن غير كامل اختيار . كما لو استغل فيه الهوى الجامع الذي يتملكه ويؤسره . وإذا كان عدم اكتمال البيئة أو عدم اكتمال الاختيار في العاقد لا يصلان إلى مرتبة الغلط أو الإكراه على النحو العادي المألوف . فإن مجيئهما وليدى الاستغلال ينفض بهما إلى درجة إن لم تصل إليهما . فهي تقاربهما . فكان الاستغلال لا يعدو . في الحقيقة : أن يكون توسعاً في عيوب الرضاء التقليدية : لاسيما الإكراه والغلط . وهو توسع يشفع له قيام الاستغلال على التكرار لشرف التعامل تكرر مزدوجاً يشمل الوسيلة والغاية في آن . فهو يقوم على استغلال الضعف في العاقد : بغية الوصول إلى الإفراط الفاحش في الغرم .

#### ١٨٥ - شروط الاستغلال :

ركز القانون المدني شروط إعمال الاستغلال وأثره في المادة ١٢٩ . التي جاءت تقضى بأنه : « ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيتاً أو هوى جامعاً . جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ٢ - ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد . وإلا كانت غير مقبولة . ٣ - ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوق الطرف الآخر دعوى الإبطال . إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

(١) ومن هذه القوانين مدونة الالتزامات السويسرية ( المادة ١١ ) ، والقانون البولوني ( المادة ٤٢ ) ، والقانون الصربي ( المادة ٧٤ ) ، ومشروع القانون الفرنسي الإيطالي ( المادة ٢٢ ) .

ومن هذا النص يبين أنه يلزم . لقيام الاستغلال وإنتاجه أثره . توافق الشروط الثلاثة الآتية : (١) استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في المتعاقد . (٢) الوصول بالاستغلال إلى تحميل المتعاقد بغير مفرط . (٣) أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد .

وتتناول . فيما يلي . كلا من هذه الشروط بالإيضاح .

#### ١٨٦ - الشرط الأول : استغلال الطيش البين أو الهوى الجامح :

قوام نظام الاستغلال وأساسه هو أن يعتمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحي الضعف الإنساني يتلمسها في آخر . ليحصل منه على غم فادح ويحملة بالتالي بغير مفرط . فيعمل نظامنا على أن يفوت عليه قبيح قصده . فنظامنا يتسم بترعة أخلاقية ظاهرة . بل إن هذه التزعة هي سر وجوده . وبذرة نشأته <sup>(١)</sup> .

وإذا تمسكنا مع منطق الأمور ذاته ، وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنساني ، أياً ما كان نوعه أو طبيعته . من شأنه أن يقيم الاستغلال . طالما أنه قد استغل بالفعل في صاحبه . ومع ذلك فقد قصرت المادة ١٢٩ مظاهر الضعف الإنساني ، التي يمكن أن تكون محلاً للاستغلال ، على الطيش البين والهوى الجامح . بعد أن كانت المادة التي تقابلها في المشروع التمهيدى ( المادة ١٧٩ ) مرنة فضفاضة . ذاكرة الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك وعلى العموم عدم صلور الرضاء عن اختيار كاف <sup>(٢)</sup> .

---

(١) وهذا ما أدى بالقانون الألماني - وهو الذى أوحى للفكر القانونى المعاصر بنظام الاستغلال - إلى أن يسمح التصرف الذى يأتى نتيجة الاستغلال بالبطان المطلق ، اعتباراً بأنه يتنافى مع حسن الآداب . وفى ذلك نقضى المادة ١٣٨ ألماني بأنه : « يقع باطلا كل تصرف يخالف حسن الآداب . ويطلق على الأغص كل تصرف قانونى يصل بمقتضاء شخص - باستغلاله حاجة الغير أو خفته أو عدم خبرته - إلى أن يأخذ منه لنفسه أو لشخص آخر ، أو يجعله يتعهد بإعطائه هو أو إعطاء هذا الشخص الآخر ، كقابل لشئ يؤديه ، مزايا مالية تتجاوز هذا المقابل إلى حد أن تترك المزايا - مع مراعاة ظروف الحال - تكون غير متناسبة معه على نحو صارخ » .

(٢) تنص المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى على أنه : « ١ - إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتبادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتبادل -

وقد جاء هذا التصديق نتيجة مناقشات محدمة في لجنة مجلس الشيوخ .  
جرت إلى أن تتناول نظام الاستغلال في ذات وجوده <sup>(١)</sup> . وكان  
محور تلك المناقشات خشية البعض من أن يؤدي نظام الاستغلال إلى قلقلة  
المعاملات وعدم استقرارها ، وهي خشية أثبتت الأيام أنه لم يكن لها ما يبررها  
على الإطلاق . ثم إن تلك المناقشات دارت في وقت كانت تسود فيه بلادنا  
نزعة فردية ظاهرة . حيث لم تكن قد تغلغلت فيها نزعة اليوم . وهي نزعة  
قوامها العدالة الاجتماعية التي تستهدف حماية كل ما هو ضعيف . وإذا كان  
التفسير السليم لنصوص القانون يقوم على أن النص يفصل عن واضعه بمجرد  
وضعه . ليحيا حياته المستقلة . ويتعاش مع ظروف المجتمع وحاجاته .  
ويتأقلم مع التزعات الاجتماعية والاقتصادية التي تسوده . ( وهذا هو سر بقاء  
مدونة نابليون في فرنسا إلى اليوم ) : إذا كان ذلك . فإنه ينبغي التوسعة  
في تفسير نص المادة ١٢٩ بالنسبة إلى نواحي الضعف الإنساني التي يمكن  
للاستغلال أن يرد عليها . برغم ما يستبين من المناقشات التي دارت في  
خصوصها عند إعدادها من رغبة في التصديق فيها . ومن حسن الحظ أن  
الأميرين اللذين ذكرتهما تلك المادة . وهما الطيش والهيوى الجامح ،  
يسمحان بتلك التوسعة <sup>(٢)</sup> .

---

= مطلقاً مع التزامات المتعاقدين الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف ، أن الطرف المخبون قد  
استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إرادته ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاه  
لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضي ، بناء على طلب الطرف المخبون ، أن يبطل العقد  
أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقدين . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذي صدر من  
المخبون تبرعاً . ٢ - ويجوز ، في عقود المعاوضة ، أن يتحقق الطرف الآخر دعوى البطلان إذا  
عرض ما يراه القاضي كائناً لوفى الدين » .

(١) راجع مناقشات لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ حول المادة ١٧٩ من المشروع  
التهديدي ، مجموعة الأعمال التمهيدية ج ٢ ص ١٩٣ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ أن من بين قوانين بلادنا الرامية التي استوسعت قانوننا ما أكتفى مثله بذكر  
الطيش والبين والهيوى الجامح ، كالقانون السوري في المادة ١٣٠ ، والقانون الليبي في المادة ١٣٩ .  
أما القانون العراقي ، فقد جاء أكثر شمولاً ، حيث ذكر الحاجة والطيش والهيوى وعدم الخبرة  
وضعت الإدراك (المادة ١٢٥) . وذكر القانون الألماني - الذي هو أصل نظام الاستغلال -



ويقصد بالطميش البين عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه . ومثال التمسك بالطميش البين الشاب الذي يعميه المال الكثير . سيما إذا كان حديث العهد بإثره . فيندفع في تصرفاته من غير تدقيق فيها ولا وزن لعواقبها .

أما الهوى الجامح . فهو ذلك الذي يتمثل في الرغبة العارمة الملحة العنيفة نحو شخص أو نحو شيء . فهو لا يقوم على مجرد العطف أو المودة أو الحب المتزن <sup>(١)</sup> . والغالب أن يكون الهوى الجامح نحو شخص . ومثاله التقليدي ذلك الهوى العارم العنيف الذي يتولد في نفس الرجل : لاسيما إذا كان متقدماً في السن . نحو زوجته . المرأة الشابة الجميلة التي تغلب منه ليه وتأسر فؤاده وتبسط عليه سلطتها وتجعله طبعاً في يدها . تسيره حيث تريد . طمعاً منه في إرضائها والتودد إليها . أما الهوى الجامح نحو شيء . فمثاله أن يعجب أحد غواة التحف بقطعة فنية إلى حد أن تأسر لفته عقله وفكره ووجدانه . ومثاله أيضاً أن يشرف شخص على الفرق ، فتستهربه الحياة بعنف الرغبة فيها والخشية من ضياعها <sup>(٢)</sup> . ويمكن هنا بشيء من التوسعة في التفسير . اعتبار الاستغلال قائماً تأسيساً على الهوى الجامح في حالة السطوة التأديبية . ونقصد بها النفوذ الأدبي الذي يكون

= الحاجة والخفة وعدم الخبرة (المادة ١٣٨) . وذكرت مدونة الألتزامات السويسرية الحاجة والخفة وعدم الخبرة (المادة ٢١) . وذكر القانون البولوني الخفة والتعب وعدم الخبرة والحاجة أو التفتيش (المادة ٤٢) . وأخيراً جاءت المادة ١٥٩ من القانون المدني الكويتي . وهو أحدث التقنينات في العالم . في ثوب رحب فضفاض . ذكره الحاجة الملحة والطميش البين والضعف الظاهر والهوى الجامح والسطوة الأدبية .

(٢) وقد جاء في تقرير مجلس الشيوخ عن نص المادة ١٧٩ من المشروع التي أصبحت المادة ٢٩ من القانون أن المقصود بالهوى الجامح « الشهوة الجاهلة لا بالمودة والعطف (راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠١) » .

(٣) وهذه هي واهات قضية السفينة الدنمركية Rolf المشهورة التي سبق لنا أن أشرنا إليها ، ذاكرين أن القضاء الفرنسي حكم فيها بتخفيف مقابل الانقضاء تأسيساً على الإكراه ، اعتباراً بأن القانون الفرنسي لا يقر إلى اليوم نظام الاستغلال كعب يشوب الرشاء ، وأن الأولى بالاتباع هو الاستغلال . ن غل القوانين التي تأخذ به . راجع سابق . ليفة ١٧٩ .

لشخص على آخر ، و يبلغ تأثيره عليه من الكبر حداً بحيث يجعله يتقاد إليه ويصدق لقوله . إما عن عقيدة في صواب رأيه ، وإما خشية إغضابه . كما هو الشأن . على وجه الخصوص ، في السطوة التأديبية التي قد تكون للأب على ابنه . أو للرئيس على مرؤسه ، أو للمعلم على تلميذه . أو لرجل الدين على الدّين<sup>(١)</sup> . ففي مثل هذه الحالات ، يتولد عادة لدى الشخص رغبة ملحة . أي هوى جامع ، للتودد والتقرب وعدم الإغضاب .

#### ١٨٧ - الشرط الثاني : الغرم المفرط أو التفاوت الصارخ بين الأخذ

والعطاء :

رأينا فيما سبق أنه يلزم ، كشرط أول لقيام الاستغلال ، أن يستغل شخص . في سبيل جملة شخصاً آخر يرتضى العقد ، طيشه البين أو هواه الجامع . ومضمون هذا الشرط لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة يلجأ إليها صاحب الاستغلال ، وتُسَـهـِل تحمّل ضحيته بغرم مفرط يتجاوز المدى والحدود . ويمثل تفاوتاً صارخاً بين أخذه وعطائه . وهذه الغاية هي مضمون الشرط الثاني ، لإعمال نظام الاستغلال .

فلا يكفي ، للطعن في العقد على أساس الاستغلال ، أن يلجأ شخص إلى استغلال الضعف الإنساني في آخر وحمله بذلك على مجرد إبرام العقد ، وإنما يتوجب أن يصل من وراء هذا الاستغلال إلى تحميل المتعاقد الآخر بغرم مفرط ناجم عن التفاوت الصارخ بين أخذه وعطائه . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٩ / ١ بأنه : « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ... » .

فجوهر الاستغلال وأساسه هو التفاوت الصارخ الباهظ الجسيم بين الأخذ والعطاء . فنظامنا لا يتقيا المساواة في العقود . بل هو لا يجارِب مجرد عدم

---

(١) وقد لجأ الفكر القانوني ، في البلاد التي لا يتقرر فيها نظام الاستغلال تشريعياً كفرنسا ومصر تحت ظل قانونها القديم ، إلى نظام الإكراه الطعن في العقود التي تمعدت تحت تأثير السطوة الأدبية . والطريق السوي أن يطعن في تلك العقود تأسيساً على الاستغلال . راجع ما سبق ، نبذة ١٧٨ .

التناسب البسيط بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، وإنما هو يحارب عدم التناسب الفاحش الباهظ الجسم<sup>(١)</sup>.

وعدم التناسب الفاحش الباهظ الجسم . الذى هو قوام الاستغلال . يكون ، فى المعاولضات ، بين مايرتبه العقد على كل من طرفيه من التزامات وبين ما يمنحه إياه من حقوق . فى البيع مثلا . يكون عدم التناسب بين قيمة المبيع وبين الثمن . كما إذا استغل شخص طيشاً بيناً فى آخر وجعله يبيعه داره التى تبلغ قيمتها مائة ألف جنيه بخمسين ألف فقط . أما فى التبرعات فيكون عدم التناسب بين مايعطيه المتبرع ، أى قيمة الشيء المتبرع به . وبين المنفعة الأدبية التى يحققها له المتبرع . وهكذا فإعمال نظام الاستغلال لا يكون فى المعاولضات فحسب ، وإنما يكون فى التبرعات أيضاً . بل إن التبرعات هى الأساس والمجال الخصب الرحيب لإعمال نظام الاستغلال : لاسيما لاستغلال الهوى الجامع . وقد حرص المشرع . فى المادة ١٢٩ / ١ . على أن يشير إلى ما يفيد إعمال نظام الاستغلال فى مجال التبرعات ، فقال إنه يقوم على عدم التناسب بين التزامات العاقد وبين ما يحصل عليه « من فائدة » ، وذلك زيادة على قوله بعد ذلك بقيامه على عدم التناسب بين التزامات المتعاقد المستغل مع « التزامات المتعاقد الآخر » . والأعمال

---

(١) وقد عدت التفتينات التى أخذت بنظام الاستغلال إلى إبراز هذه الناحية فيه ، وإن كان ذلك بمبارات متغيرة . فالقانون المصرى وما سار على دربه من القوانين العربية الأخرى التى استوحته ، كالتقانون السورى ( المادة ١٣٠ ) والقانون اليونى ( المادة ١٢٩ ) جرت عن الطافوت الصارخ بين الأخذ والبطاء بالتملأ التصادل البتة ، فى حين أن القانون العراقى ( المادة ١٢٥ ) اكتفى بالثنين الفاحش . أما القانون الألمانى فأورد عبارة عدم التناسب الصارخ *disproportion choquante* ( المادة ١٣٨ ) ، وذكر القانون السويسرى ( المادة ٢١ ) من مونة الالتزامات عدم التناسب الظاهر *disproportion evidente* . وجاء مشروع القانون الفرنسى الإبطالى ( المادة ٢٢ ) بقول إن الاستغلال يقوم إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تناسب *hors de toute proportion* مع الفائدة التى يحصل عليها من العقد أو مع ما يؤديه المتعاقد الآخر ، وهى العبارة التى ترجمتها واضع القانون المصرى بعبارة عدم التصادل البتة . وأغيرأ جاء القانون الملى الكوبى ( المادة ١٥٩ ) يورد عبارة عدم التناسب الباهظ .

التحضيرية قاطعة على مريان نظام الاستغلال على التبرعات <sup>(١)</sup> إلى جانب المعاوضات .

وإذا كان قوم الاستغلال هو عدم التناسب الباهظ ، فإنه لا يوجد بالضرورة معيار مادي حسابي يتبع في تحديده . وإنما وضع المشرع لذلك معياراً معنوياً مرناً ترك زمامه بيد قاضي الموضوع ، ليحدد على ضوءه ما إذا كان عدم التناسب بين الأخذ والعطاء يصل إلى حد الفحش الذي يقيم الاستغلال من عدمه . وقوام هذا المعيار هو كون إبرام العقد . بالوسيلة التي اتبعت في حمل ضحية الاستغلال على ارتضائه . وبالغاية التي وصلت به إليه هذه الوسيلة من تحميله بغرم مفرط . يتمثل تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية أم أنه لا يتدنى إلى هذا الحد . والأمر من بعد متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية . من غير تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض .

وغنى عن البيان أن عدم التناسب الباهظ بين الأخذ والعطاء الذي يقيم الاستغلال هو ذلك الذي يكون قائماً عند إبرام العقد . فلا عبرة لما تصير الأمور إليه في تاريخ لاحق .

### ١٨٨ - الشرط الثالث : الاستغلال هو الدافع للتعاقد :

رأينا . فيما سبق . أنه يلزم . لقيام الاستغلال ، أن يستغل شخص في آخر الطيش البين أو الهوى الجامح ، وأن يصل من وراء ذلك إلى تحميله بغرم مفرط يتمثل في عدم تناسب باهظ بين ما يأخذه بمقتضى العقد وبين ما يعطيه . وإلى جانب هذين الشرطين ، يلزم توافر شرط ثالث . مؤداه أن يكون

(١) وقد كانت ١٧٩ من المشروع النهائي ، وهي التي أصبحت المادة ٦٧٩ من القانون ، تصرح بأن الاستغلال ينطبق على عقود التبرع . فبعد أن بينت هذه المادة شروط توافر الاستغلال والجزاء المترتب عليه ، جاءت تقول : « ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذي صدر من الطرف المغبون تبرعاً » . وقد حذفت هذه العبارة : اعتباراً بأنها من قبيل التزييد . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ من ٣٠١ . بل إن فكرة ترددت في مناقشات لجنة القانون أنفق مجلس الشيوخ ، طالبت بقصر إعمال نظام الاستغلال على التبرعات وحدها دون المعاوضات ( راجع تلك المناقشات في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٩٣ وما يتبعها ) .

الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد<sup>(١)</sup> ، بمعنى أن يكون هو الذى حمل الضحية على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاء عليه . بحيث إنه ما كان ليرتضيه على هذا النحو لولاه . وفي هذا يتشابه الاستغلال مع غيره من عيوب الرضاء كافة . وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد من عدمه مسألة موضوعية تدخل في رحاب الواقع ، ومن ثم يكون للقاضي الموضوع فيها القول الفصل . من غير تعقيب عليه لمحكمة النقض ، طالما جاء تقديره مبنياً على أسباب سائفة من شأنها أن تحمله<sup>(٢)</sup> .

وإذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد ، فسيان بعد ذلك أن يكون قد دفع ضحيته إلى أن يبرم العقد مع من استغله ذاته ، أو مع شخص آخر غيره يعمل لمصلحته<sup>(٣)</sup> . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن تستغل الزوجة هوى زوجها الجامع نحوها ، فتجعله يهب ماله لأولادها منه .

#### ١٨٩ - أثر الاستغلال :

بيننا ، فيما سبق ، شروط الاستغلال . وإذا توافرت هذه الشروط أنتج الاستغلال أثره .

ويتركز أثر الاستغلال . في أنه يترخص للقاضي . بناء على طلب ضحية الاستغلال ، ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال ، أن يقضى بإفناص التزاماته أو بإبطال العقد ( المادة ١٢٩ / ١ في آخرها ) .

(١) ، (٢) انظر نفس ١٩٦٧/٥/١١ ملن ٣٤/٤٥ ق مجموعة النقض ١٨ ص ٩٧٤ رقم ١٤٦ . وقد جاء في هذا الحكم : « يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدني أن يكون المتعاقد المنيون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً أو هوى جامعاً ، بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المنيون إلى التعاقد . وتقدير هذا إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التي يستغل بتقديرها قاضي الموضوع » .

(٣) وإذا وقع الاستغلال من غير المتعاقد الذي أفاده منه ، كما إذا استغلت الأم الهوى الجامع الذى يستشعره زوجها نحوها ، وجعلته يهب ماله لأولادها ، فإنه لا يلزم علم المتعاقد المستغيد بحصول هذا الاستغلال ، بخلاف ما يتطلبه القانون في التدليس والإكراه . ولعل المشرع قد قصد عدم طلب العلم لدى المتعاقد بحصول الاستغلال من الغير . مراعاة منه لتباينات البلية ، حيث أن كثيراً ما يقع في واقع حياة الناس أن يقع الاستغلال من شخص لفائدة غيره ، كما هو الشأن على الخصوص في الأم التي تستغل الهوى الجامع الذى يستشعره زوجها نحوها لفائدة ولدها .

فالاستغلال بمنح ، وفقاً للعدالة وماتتضيه ظروف الحال ، الخيار بين الأمرين الآتين :

(الأول) إنقاص التزامات ضحية الاستغلال: ويستجاب إلى هذا الخيار إذا رأى القاضى أنه كان من شأن الاستغلال أن أدى بضحيته إلى قبول العقد بشروط أبهظ مما كان يرتضيه من غيره ، أو رأى القاضى أن فى ذلك الإنقاص ما يكتفى لرفع الإحجاف عنه . ومثال هذه الحالة أن يستغل شخص الطيش البين فى آخر فيبيعه ماله بثمان باهظ . فيحكم القاضى . بناء على طلب المشتري . بإنقاص الثمن إلى الحد الذى يرفع عنه فاحش الغبن ، أو يستغل ربان سفينة الهوى الجامع نحو الحياة لدى سفينة أخرى تشرف على الفرق . فيفرض ثمنًا باهظًا لإنقاذها . فيحكم القاضى . بناء على طلب صاحب السفينة الفارقة . بإنقاص الثمن إلى الحد العادل<sup>(١)</sup> . ومثال الحالة التى نحن بصدددها أيضاً أن تستغل الزوجة الهوى الجامع الذى يستشعره زوجها نحوها فتجعله يهب الكثير من ماله لها أو لأولاده منها . فتحكم المحكمة . بناء على طلب الزوج نفسه أو ورثته الآخرين من بعده . بإنقاص المال الموهوب إلى الحد الذى تراه مناسباً .

ويلاحظ أن المادة ١٢٩ / ١ تمنح لضحية الاستغلال الخيار فى طلب إنقاص التزاماته هو . فهى لا تمنحه الحق فى أن يطلب من القاضى زيادة التزامات غريمه . على أن لهذا الأخير . إن شاء ، وفى المعاضات وحدها دون التبرعات . أن يعرض زيادة التزاماته إلى الحد الذى يراه القاضى كافياً لرفع الغبن ( المادة ١٢٩ / ٣ ) . فإن فعل ، وأدى ما ألزمه به القاضى ، زال كل أثر للاستغلال .

ويلاحظ كذلك أن مؤدى نظام الاستغلال وروحه ، فى مجال إنقاص التزامات ضحية الاستغلال ، يأتیان الوصول إلى رفع كل الغبن عنه .

---

(١) وهذا ما قفت به نقض فرنسى - عرائض - ١٨٨٧/٤/٢٧ السابقة الإشارة إليه فى قضية السفينة Rolf ، وإن كان حكمها جاء تأسيساً على الإكراء ، لعدم وجود نص تشريعى فى فرنسا يقر نظام الاستغلال .

فالمقصود هو رفع الفحش في الغبن أو الإفراط في الغرم . وليس المقصود هو إزالة كل الغبن أو كل الغرم . فالغبن البسيط ، أو عدم التوازن القليل بين الأخذ والمطاء ، لا يؤديان إلى قيام الاستغلال . أصلاً . وعلى ذلك فروج نظام الاستغلال تملئ على القاضي . حينما يُطلب منه الحكم بإنقاص التزامات ضحية الاستغلال . ألا يصل إلى الحد الذي يرفع عنه كل ماناله بسببه من غرم . وإنما يرفع عنه ما فحش منه فحسب . والأمير بعد ذلك من إطلاقاته ومتروك لتقديره ، دون أن يكون عليه من محكة النقض رقيب . فلا يوجد معيار حسابي يلزمه القانون باتباعه .

( الثاني ) والخيار الثاني الذي يمنحه الاستغلال لضحيته هو إبطال العقد . فلضحية الاستغلال . إلى جانب إنقاص التزاماته ، أن يطلب من القاضي إبطال العقد ، إذا شاء أن يتخلص نهائياً منه . على أن هذا الخيار ليس مطلقاً . فهو مقيد برخصة تثبت . في المعاوضات وحدها دون التبرعات . للطرف المستغل في أن يتنى إبطال العقد ، وذلك إذا عرض أن يؤدي لضحية الاستغلال ما يراه القاضي كافياً لرفع الفحش في الغبن . وفي هذا تقضي المادة ١٢٩ / ٣ بأنه : « ٣ - ويجوز في عقود المعاوضات أن يتوق الطرف الآخر ( صاحب الاستغلال ) دعوى الإبطال . إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن » .

هذان هما الخياران اللذان يمنحهما الاستغلال . وهو يمنحهما بأدنى ذى بدء لضحيته ، حيث يترخص له أن يطلب من القاضي الحكم له بما يشاء منهما . ولكن خياره من بينهما ليس له قوة الإلزام . ففوق خياره يقوم خيار القاضي . ذلك الخيار الذي يتحدد له وفقاً لظروف الحال ، وعلى نحو ماتقتضيه العدالة .

فليس يوجد ثمة ما يلزم القاضي بأن يستجيب إلى طلب ضحية الاستغلال إلى إبطال العقد ، حتى لو كانت شروط الاستغلال متوافرة . ولم يلجأ غريمه إلى توقيه على نحو ما يسمح له به القانون . بل إن له أن يرفضه . وهو يفعل ذلك ، إذا رأى أن في إنقاص التزامات ضحية الاستغلال ،

ما يمكن لرفع الإجحاف عنه <sup>(١)</sup> . وفي ذلك يختلف الاستغلال في أثره عن غيره من عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه . فالأصل في هذه العيوب الأخيرة ، أنه يتوجب على القاضي أن يحكم بإبطال العقد . إذا ما طلب منه ضحيتها ، وكانت الشروط القانونية متوافرة .

وإذا اكتفى ضحية الاستغلال بطلب إنقاص التزاماته هو بما يرفع عنه الإفراط في الغرم ، فلا يجوز للقاضي أن يحكم بإبطال العقد ، إذ أنه تحول دون ذلك قاعدة أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم .

#### ١٩٠ - سقوط دعوى الاستغلال :

دعوى الاستغلال تسقط بمدة بالغة القصـر ، وهي مدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد . وفي ذلك تقضى المادة ١٢٩ / ٢ بأنه : « ويجب أن ترفع الدعوى بذلك ( إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات تأسيساً على الاستغلال ) خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » <sup>(٢)</sup> .

وفي تحديد سقوط دعوى الاستغلال بسنة واحدة يتخالف الاستغلال مع غيره من عيوب الرضاء . وهي الغلط والتدليس والإكراه ، كما أنه

---

(١) وأمام سلطة التقدير الرحبة التي يمنحها القانون لقاضي الموضوع في مجال الاستغلال ، والتي تشمل في إنقاص التزامات الطرف المغيون ، أو إبطال العقد ، يحسن بضمية الاستغلال أن يضمن دعواه الأمر الذي يفصله كطلب أساسي ، وأن يشفع ذلك بالبدل الذي يراه ، كطلب احتياطي ، حتى يتفادى بذلك دعوى جديدة ، إذا ما رفض طلبه الأصل . فإذا استغنى شخص طيلة البين ، مثلاً ، وبيع له من آخر مال يضمن باهظ يتضمن غناً فاحشاً له ، ورأى فأنته الكبرى في إبطال البيع ، فإنه يحسن به ألا يكتفى في دعواه بهذا الطلب ، وإنما يلتصق من القاضي كطلب أساسي ، ويضيف إليه ، كطلب احتياطي ، الحكم له بإنقاص الثمن ، حتى إذا ما رأى القاضي أن الحال لا تقتضي الإبطال ، حكم له بطلبه الاحتياطي ، وهذا يتفادى رفع دعوى جديدة .

(٢) وقد كانت المدة المحددة في المشروع التمهيدي لدعوى الاستغلال بمصرها هي ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ العقد ( المادة ١٩٩ ) ، ولكنها أنقصت إلى سنة ، دون أن يرد في الأعمال التصغيرية تقرير لهذا الإنقاص ، ولعله يشمل فيما راود أعضاء لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ من خوف أن يؤدي إحمال نظام التدليس إلى إحداث قلقلة واضطراب في المعاملات ، وهو خوف أثبتت السنوات الماضية على طولها أنه لم يكن له أساس على الإطلاق .



يتخالف أيضاً مع العيب الذى يلحق العقد نتيجة نقص أهلية عاقدته . إذ أنه فى كل هذه الحالات الأخيرة ، يحدد القانون المدة التى يتوجب رفع الدعوى خلالها بإبطال العقد بثلاث سنوات (١) .

ووفقاً لنص المادة ١٢٩ / ٢ : تبدأ مدة السنة التى تسقط بفواتها دعوى الاستغلال من تاريخ إبرام العقد . وفى ذلك خلاف آخر بين الاستغلال وغيره من عيوب الرضاء من ناحية . وبينه وبين نقص الأهلية من ناحية أخرى . ففى كل هذه الأمور الأخيرة . تبدأ مدة الثلاث سنوات المحددة لانقضاء دعوى الإبطال من تاريخ زوال العيب .

ولو أننا أخذنا بحرفية نص المادة ١٢٩ / ٢ على إطلاقها لتمثل حكمها عيباً تشريعياً فادحاً . إذ أنه فى أكثر الحالات العملية التى يقوم فيها الاستغلال . وعلى الأخص فى حالة استغلال الهوى الجامع : يظن أن يستمر العيب الذى يلحق الإرادة قائماً لمدة تزيد على سنة . فكأن دعوى الاستغلال هنا تتمثل دعوى عديمة الجسوى مجدية الأثر ، وكأننا سلبنا باليسار ماعطيناه بائمين . لنفرض : مثلاً : أن زوجة استغلت فى زوجها هواه الجامع نحوها . وجعلته يهبها وأولاده منها ماله ، وامتد به العمر إلى ما يتجاوز السنة . وهو لازال خاضعاً لتأثير الهوى الجامع الذى يستشعره نحو زوجته . ثم مات . وجاء أولاده من زوجة أخرى يطعنون فى الهبة تأسيساً على استغلال أبائهم ( وهذه هى أغلب حالات الاستغلال شيوعاً فى واقع حياة الناس ) : فماذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟ إن مؤدى حرفية نفس المادة ١٢٩ / ٢ أن يحكم القاضى هنا بعدم قبول دعوى الاستغلال لسقوطها . ولا يمكن : فى رأينا . أن يكون ذلك هو قصد الشارع . حينما قضى بسقوط دعوى الاستغلال بسنة . وإلا كان حكمه أقرب إلى العبث الذى يجب أن يتزه عنه . من أجل ذلك نرى . تمشياً مع روح نظام الاستغلال والحكمة التى يتوخاها المشرع منه ، تفسير نص المادة ١٢٩ / ٢ على أن المشرع يقصد منه بدء سريان مدة السنة من تاريخ العقد فى الحالة التى يكون

(١) انظر ماسيجيه تبذة ٢٣٤ .

أثر الاستغلال قد انتهى بذات إبرامه ، كما إذا استغل شخص الطيش البين في آخر وجعله يبيع له ماله بثمن بخس ، أو استغل ربان سفينة الهوى الجامع لدى ربان سفينة أخرى نحو الحياة له ولسفينته وما حملت ، وجعلته يرتضى عقد إنقاذ بثمن فادح . أما إذا ظل أثر الاستغلال باقياً بعد إبرام العقد ، فلا تبدأ مدة السنة إلا بانقطاعه . مع ملاحظة أن الدعوى تسقط على أية حال بمضى ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد ، تطبيقاً للقواعد العامة <sup>(١)</sup> .

وفرة السنة التي تنص عليها المادة ١٢٩ / ٢ هي مدة سقوط . ومن ثم فهي لا تقبل ، بعد بدء سريانها ، وفقاً ولا انقطاعاً . ويرتب على فواتها أن يحكم القاضي بعدم قبول الدعوى .

#### خامساً : الغبن

١٩١ - الغبن Lésion هو الخسارة المالية التي تلحق ، في عقود المعاوضات ، أحد العاقلين ، نتيجة عدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذي يحق له بمقتضاه .

فالغبن لا يكون إلا في عقود المعاوضات . فهو مجال مستغرق على التبرعات . لأنه يقوم على التفاوت في قيمة الالتزامات المتقابلة على طرفي العقد <sup>(٢)</sup> .

والغبن يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة . كما إذا بيع شيء قيمته ألف جنيه بخمسائة فقط . فهو يتجاف مع مبدأ المساواة فيما تقضى به العقود من الأخذ والعطاء . وبهذه المثابة ، يبرز الغبن عيباً

---

(١) وقد جاء القانون المدني الكويتي ، التي كان لنا شرف رئاسة اللجنة التي أنيط بها وضعه ، يتشع مع هذا النظر ، فبجاءت المادة ١٦١ منه ، بعد أن قُضت في فقرتها الأولى بسقوط دعوى الاستغلال بمضى سنة من وقت إبرام العقد ، تقول ، في فقرتها الثانية إنه : « على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامع أو السطوة الأدبية ، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة ، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشرة سنة من إبرام العقد » .

(٢) راجع ما سبق ، بقية ١٨٢ .

موضوعيا في العقد نفسه ، وليس عيباً شخصياً يتعلق بالمتعاقد ، وهو من ثم لا يعتبر في ذاته عيباً في الرضاء ، وإن أمكن أن يجيء نتيجة أحد من عيوبه . فمن الممكن أن يأتى العيب نتيجة غلط يقع فيه المتعاقد في قيمة الشيء . أو نتيجة حيلة خدع بها ، أو تحت تأثير إكراه أو وقع به ، أو استغلال حاجة من نواحى الضعف الإنسانى فيه . ولكن من الممكن أيضاً أن يجيء العيب بعيداً عن كل عيوب الرضاء . كما إذا باع شخص شيئاً بأقل من قيمته من غير أن يكون واحماً أو مخدوعاً أو مضطراً أو مستغلاً . ونحن هنا نتناول العيب في صورته الأخيرة ، أى العيب المجرد .

١٩٢- ولم يعرف الرومان العيب . كعيب يؤثر على العقود ، إلا في نطاق جد محدود<sup>(١)</sup> . بسبب نفشى روح الفردية عندهم ، الأمر الذى أدى بهم إلى أن يتركوا كل متعاقد يتحمل نتيجة ما ارتضاه ، سواء أكان من شأنه أن يعود عليه بالغم أو الغرم . فلا وزن عندهم ، بحسب الأصل ، لما إذا كان المقابل الذى يأخذه المتعاقد نظير ما يعطيه متناسباً أو غير متناسب . ولم تتولد فكرة العيب في القانون الأوروبى إلا في القرون الوسطى . وذلك بتأثير من الكنيسة ، التى عمدت - في سبيل اضمفاء الفضيلة على العقود - إلى المناداة بوجوب قيام التناسب فيما تقضى به من الأخذ والعطاء ، الأمر الذى أدى إلى فكرة وجوب أن يسود العقود مبدأ الثمن العادل *Juste Prix* أو الأجر العادل *Juste Salaire* ، فضلاً عن الحد من ربوية الفائدة .

وقد تأثر بما بشر به الكنسيون بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم - لاسيما *Pothier* ، الذى جعل من العيب بمجرد ذاته سبباً عاماً لإبطال العقود ، وإن وجدنا البعض الآخر منهم يسرون على غرار ما قال به الرومان من تقليص أثره<sup>(٢)</sup> .

(١) لم يعترف الرومان في الأصل بتأثير لعيب المجرد على العقود ، إلا في الحالة التى كان يلحق بها الفسر ، وإن أثبت مدونة جستينيان إلى الترخيص لبائع المقار أن يطلب إبطال البيع ، إذا كان قد لحقه فيه عيب فاحش .

(٢) انظر *Marty et Raynaud* ، المرجع السابق ، نبذة ١٥١ .

وأخيراً جاءت مدونة نابليون ، فغادت إلى ماكان يقول به الرومان ، فلم يجعل للغبن أثراً عاماً على العقود ، وإنما قصرت أثره على البعض منها ، وذلك في نطاق بالغ الضيق . يتمثل على الخصوص في بيع العقار ، إذا ازداد الغبن على البائع بأكثر من ٧ ( المادة ١٦٧٤ ) . وفي القسمة ، إذا تجاوز غبن المتقاسم الربع ( المادة ٨٨٧ ) ، وفي تصرفات القصر (١) .

والفقه الإسلامى بدوره لا يجعل لمجرد الغبن أثراً في العقود ، إلا في نطاق جلد محدود . يتمثل في بيع مال اليتيم ومال بيت المال ومال الوقف . وقد حدث به إلى ذلك رغبته في إحاطة المعاملات بالأمن والاستقرار ، في غير ماتشوجه مبادئ الإسلام السامية من إضفاء الحماية على من يخشى عليهم من الإهلال أو عدم الرعاية في التصرف في أموالهم . وإذا كان الغبن المجرّد . بحسب الأصل ، لا ينهض بذاته وبمجرده سبباً للطعن في العقود . تحت ظل الفقه الإسلامى . فإنه يفلح في ذلك إذا جاء نتيجة التفرير أو الإكراه .

### ١٩٣ - الغبن في القانون المصرى :

الأصل . في رحاب قانوننا المدنى المصرى ، شأنه في ذلك شأن القانون الفرنسى ، وشأن الفقه الإسلامى ، أن الغبن بمجرده وذاته ، أى مجرد عدم التعادل بين مايلتزم المتعاقد بأدائه بمقتضى العقد وبين المقابل الذى يقرره له ، لا ينهض سبباً للطعن في العقود .

فالغبن وحده ، ومن غير أن يأتى نتيجة أحد عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . لا يكون له تأثير على العقد ، إلا في الأحوال الخاصة التى يقضى فيها القانون بحكم مخالف . لحكمة يقدرها .

وإذا جاء الغبن نتيجة أحد عيوب الرضاء ، فإنه لايطعن في العقد

---

(١) وقد توسع المشرع الفرنسى قليلا في حالات الغبن ، بعد صدور مدونة نابليون ، وذلك بنصوص خاصة بمجالات معينة محدودة ، كشراء الساد والبلور والمواد اللازمة لملف الخيوان ( قانون ٨ يولييه ١٩٠٧ المعدل بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧ ) ، والمساعدة والإنتقاذ البحرى والجوى ( قانون ٢٩ إبريل ١٩١٦ - المادة ٧ وقانون ٢ مايو ١٩٢٤ المادة ٥٧ ) ، وبيع حق الملكية الأدبية والفنية ( قانون ٢٧ مارس ١٩٥٧ المادة ٣٧ ) .

تأسيساً عليه ، وإنما تأسيساً على العيب الذى جاء نتيجة له . الأمر الذى يقتضى توافر شروط هذا العيب القانونية . فإذا جاء غبن البائع ، مثلاً . نتيجة وقوعه فى غلط فى قيمة المبيع ، أمكن الطعن فى العقد بالإبطال تأسيساً على الغلط . لتأسيساً على مجرد الغبن . وإنما يلزم هنا توافر شروط إعمال الغلط التى بينها . وعلى الأخص شرط الاتصال بالمتعاقد الآخر . كما أنه يمكن للمغبون أن يعمل على خلاصه من الضرر الذى ألحقه به الغبن . تأسيساً على القواعد العامة فى المسؤولية التقصيرية : إذا جاء الغبن نتيجة عمل غير مشروع كما إذا جاء نتيجة الإكراه أو الاحتيال .

والحكمة التى يتوخاها المشرع ، من تقرير الأصل العام القاضى بأن الغبن بذاته وبمجردة لا ينهض سبباً للطعن فى العقود ، بينة واضحة . فهو يريد أن يحيط العقود بالأمن والاستقرار . طالما أنه لا يوجد اعتبار أقوى يحمله على أن يؤثره . والقول بغير ذلك يصل بالناس إلى البنت والخرج . وبالتعامل إلى القلقلة والاضطراب .

وإذا كان الأصل فى الغبن أنه لا يصلح بمجردة وذاته سبباً للطعن فى العقود . فإن هذا الأصل بعيد عن أن يكون مطلقاً . فتمت اعتبارات هامة مختلفة جعلت المشرع يورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات .

ومن تلك الاستثناءات ما يتعلق بالطبيعة الخاصة لعقود معينة . ومن هذه العقود عقد الوكالة . حيث تجعل المادة ٧٠٩ أجر الوكيل — إذا كانت الوكالة بأجر — خاضعاً لتقدير القاضى . الأمر الذى يحوله إنقاظه . إذا طُلب منه ذلك الموكل ، ورآه القاضى مبالغاً فيه على نحو يلحق الغبن الكبير بالموكل . وذلك كله ما لم يكن أجر الوكيل قد دفع من الموكل طواعية بعد تنفيذ الوكالة .

ومن تلك الاستثناءات أيضاً ما تنقضى به المادة ٨٤٥ من منح الشريك فى الشروع الحق فى نقض قسمة المال الشائع إذا تمت رضائياً ، وألحقت به غبناً يتجاوز الخمس ، ما لم يكمل له شريكه ما نقص من نصيبه نقداً أو عيناً .

ومن الاستثناءات التي يقررها القانون على مبدأ أن الغبن بمجرد ذاته لا يُلغى سبباً للطعن في العقود ، ما يرجع إلى نوعية معينة من المتعاقدين ، وإلى طبيعة العقد الذي يبرمونه في آن معاً . ومثال هذه الحالة ما تقضى به المادة ٤٢٥ في شأن بيع مال عديمي الأهلية وناقصيها ، من ثبوت الحق للبائع ، إذا سُكّن في البيع غبن يزيد على الخمس . في أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

ومن الاستثناءات التي نحن بصدددها . في النهاية . ما يقرره القانون نظراً لطبيعة الحق ذاته . وبغض النظر عن طبيعة العقد الذي يقرره . وعن نوعية العاقد . وهذه هي حالة الالتزام بدفع الفائدة . سواء أكانت فائدة تأخيرية ناجمة عن الإخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، أم كانت فائدة مقررة في مقابل الانتفاع بالنقود . فأياً ما كان نوع الفائدة أو طبيعة العقد الذي يقررها ، أو نوعية الشخص الذي تقرر له . ينبغي ألا تزيد الفائدة عن الحد الأقصى الذي يقضى به القانون ؛ فإن تجاوزته . خفضت إليه .

هذه هي بعض الحالات التي يقرر فيها قانوننا للغبن أثراً في العقود . وهو إذ يكون له أثر في العقد ، فإنه لا يمثل عيباً في إرادة عاقله . وإنما مجرد عيب في العقد نفسه أو في أثر يترتب عليه . عيب يقرره القانون في حالة معينة يحددها لحكمة خاصة يقدرها . وقد حرص مشرعنا . بعد أن قرر الاستغلال كنظام منطلق غير محدد بحالة بذاتها . على أن ينص على أن القواعد التي جاء بها الحكم لا يكون لها أثر على ما يقرره ، في الحالات الخاصة التي يحددها ، من إعطاء أثر للغبن بمجرد ذاته . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٠ بأنه : « يراعى في تطبيق المادة السابقة ( التي تقرر نظام الاستغلال ) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة في بعض العقود أو بسعر الفائدة » .

## الفصل الثاني

### المحل

١٩٤ - تبيننا ، فيما سبق ، أن للعقد أركاناً ثلاثة لا يقوم بغير توافرها .  
وهي الرضاء والمحل والسبب . وقد انتهينا من الكلام في الرضاء . ونتناول  
الآن الركن الثاني ، وهو المحل .

ومحل العقد هو الالتزامات التي يولدها . ولكننا لا نتناول المحل هنا على  
هذا الاعتبار . وإنما نتناوله على اعتبار أنه الشيء الذي يلتزم المدين بعمنه  
أو بالامتناع عن عمله . وهو بهذه المثابة يتمثل ركناً في الالتزام . ومع ذلك .  
فهو ليس غريباً عن العقد . إذ أنه يعتبر أيضاً ركناً في العقد . وإن كان ذلك  
بطريق غير مباشر . فالعقد يولد الالتزام . فما يعتبر محلاً مباشراً للالتزام  
يعتبر ، في نفس الوقت ، محلاً غير مباشر للعقد الذي يولده <sup>(١)</sup> . ومن أجل  
ذلك : درج الفقهاء على أن يتناولوا محل الالتزام . باعتباره ركناً في العقد .  
ونهج القانون المدني المصري هذا النهج . وليس في ذلك عيب . فالغاية  
من العقد إنشاء الالتزام . فإن لم يقم الالتزام لسبب بمس محله . فإن العقد كله  
يقع باطلاً بدوره ( انظر المواد ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدني ) . وهكذا يؤثر  
محل الالتزام في كيان العقد الذي من شأنه أن يولده .

وإذا كان محل الالتزام يعتبر في نفس الوقت محلاً للعقد الذي ينشئه :  
ترتب على ذلك أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تصدر عنه . فالبيع  
مثلاً يولد التزامين أساسيين : أحدهما على البائع . ويتعلق بالمبيع . ويقوم على  
وجوب تسليمه وبالعمل على نقل ملكيته ، وثانيهما على المشتري . ويتعلق

---

(١) وهذا مادعا القانون البناني - وهو تقنين تغلب عليه في مجموعه النزعة الفقهية المفرطة -

لأنه ينص ، في المادة ١٨٦ أنه ، على أن المحل الحقيقي لأي عقد هو إنتاج الالتزامات . على  
أن هذا الهدف لا يتحقق إلا إذا كانت تلك الالتزامات ترد بدورها على محال تشجع صفات  
معيّنة .

بالتن ، ويقوم على وجوب دفعه . ومن هنا درج القول على أن محل عقد البيع هو المبيع والتن .

#### ١٩٥ - الشروط الواجب توافرها في المحل :

يلزم في محل الالتزام توافر شروط معينة : تضمنتها المواد ١٣١ إلى ١٣٥ مدنى . وتركز هذه الشروط في كون محل الالتزام ممكناً غير مستحيل . ومعيناً أو قابلاً للتعين ، ومشروعاً : أى غير مخالف للنظام العام ولا لآداب الآداب .

وتتناول فيما يلى كلا من هذه الشروط الثلاثة بالإيضاح :

#### ١٩٦ - أولاً - إمكان المحل :

يلزم ، لنشأة الالتزام ، وبالتالي لقيام العقد الذى يولده . أن يكون محله ممكناً غير مستحيل . وهذا شرط يدرى تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها . إذ أن الشخص لا يلزم بعمل المستحيل A l'impossible, nul n'est tenu وفى ذلك تنقضى المادة ١٣٢ مدنى بأنه : « إذا كان محل الالتزام مستحيلاً فى ذاته . كان العقد باطلاً » . فإذا التزم المدين بما هو مستحيل : بطل التزامه . وبطل العقد الذى أريد له أن ينشئ .

ويقصد بالاستحالة إلى تحول دون نشأة الالتزام . وتؤدى بالتالى إلى بطلان العقد الذى كان من شأنه أن يولده . الاستحالة الموضوعية ، أى استحالة محل الالتزام فى ذاته ، كما تقول المادة ١٣٢ : « أو استحالة من حيث هو . وليست الاستحالة الشخصية الذاتية ، أى تلك التى ترجع إلى المدين نفسه ، وبعبارة أخرى المقصود بالاستحالة التى تحول دون قيام العقد هو الاستحالة المطلقة ، أى استحالة القيام بالأمر الذى التزم به المدين على كل الناس . وليس فقط الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف هذا المدين بالذات (١) » .

---

(١) انظر فى هذا المعنى المناقشات التى دارت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ،



وإذا كانت الاستحالة موضوعية أو مطلقة ، فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كانت مادية أو طبيعية ، أى راجعة إلى حكم الطبيعة ، كما إذا التزم شخص بأن يلمس الشمس ، أو أن يطير بذات نفسه فى الفضاء ، أو أن يحى الميت . أو أن ينقل ملكية بيت سبق له أن تهدم و زال ، أو كانت تلك الاستحالة الموضوعية أو المطلقة قانونية ، كما إذا التزم محام برفع استئناف عن حكم لا يجوز الاستئناف فيه ، أو فات ميعاد استئنافه ، وكما إذا باع شخص عقاراً . والتزم بالتالى بنقل ملكيته إلى المشتري . حال كون العقار المبيع قد نرعت ملكيته من قبل للمنفعة العامة . وصار بذلك الالتزام بنقل الملكية مستحيلاً استحالة موضوعية ، أى على كل الناس . وعدم إمكان محل الالتزام ، بمعنى استحالة استحالة موضوعية مطلقة ، هى علة وقوع التصرف فى المال العام . بما يتنافى مع تخصيصه للمنفعة العامة من بيع ونحوه ، باطلاً .

أما الاستحالة النسبية أو الذاتية فلا تحول دون قيام العقد . ويقصد بالاستحالة الذاتية أو النسبية تلك التى تقوم بالنسبة إلى المدين نفسه بمرعاة ظروفه الخاصة ، مع وجود شخص آخر غيره يستطيع القيام بالأمر الذى التزم به . ومثال ذلك أن يلتزم شخص بعمل لوحة زيتية قيمة : حالة كونه يجهل أصول الرسم ، وأن يؤجر شخص متزلاً يملكه لآخر<sup>(١)</sup> . فى هذين المثالين : يستحيل على المدين نفسه أن يقوم بالأمر الذى تعهد به . ولكن يوجد بالضرورة شخص آخر يستطيع أدائه . ولذلك فالاستحالة هنا تعتبر ذاتية نسبية ، وليست موضوعية مطلقة . وهى لا تمنع من قيام العقد . فإن تعذر على المدين أداء الالتزام ، كان للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ العيني إن كان ممكناً ، أو أن يلجأ إلى التعويض : مع عدم الإخلال بحقه فى الفسخ . وذلك كله فى حدود ما يقضى به القانون .

هكذا يبين أن الاستحالة التى تمنع من قيام العقد هى الاستحالة الموضوعية المطلقة دون الذاتية النسبية . ويلزم أن تكون هذه الاستحالة الموضوعية

---

(١) أنظر ، فى التصرف فى مال الغير ، ما سيجىء ، نبذة ١٩٧ .

المطلقة قائمة وقت إبرام العقد . فإن كان محل الالتزام ممكناً عند إبرام العقد ، ولكنه أصبح مستحيلاً في تاريخ لاحق ، ما أثر ذلك في ذات انعقاد العقد . فالفرض أن انعقاده قد تحقق فعلاً عند إبرامه ، فلا يزول بعد ذلك لسبب طارئ . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص حصاناً يملكه ، ثم ينفق الحصان موتاً قبل تسليمه للمشتري . فهنا محل التزام البائع بتسليم الحصان كان ممكناً عند البيع ، ثم أصبح مستحيلاً بعد إبرامه ، بسبب أجنبي عن البائع . فالبيع لا يعتبر هنا باطلاً . ولكنه ينسخ ( المادة ٤٣٧ ) . أى أنه يعتبر أنه قد قام صحيحاً ، ثم انحل . وهكذا يلزم عدم الخلط بين استحالة محل الالتزام القائمة عند إبرام العقد حيث إنها تؤدي دائماً إلى بطلانه . وتلك الطارئة بعد إبرام العقد . إذ أنها تؤدي إلى انفساخه ، شريطة أن تكون واقعة بفعل يعزى إلى المدين .

#### ١٩٧ - التعامل في ملك الغير والتعهد عن فعله :

الأصل أن الشخص لا يتعامل إلا في ملكه . وأنه لا يتعهد إلا عن ذات فعله . ولكن يحدث ، في بعض الأحيان ، أن يتصرف الشخص في شيء لا يملكه ، كما إذا باعه أو رهنه أو أجره . وقد يكون في ذلك حسن النية . أى معتقداً أنه يملك ما يتصرف فيه . وقد يكون سيئ النية . أى عالماً بأنه يتصرف فيما لا يملك . كما إنه قد يحدث أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل ثالثاً يؤدي عملاً لمصلحته .

وقد تقبل الفكر القانوني . في سهولة ويسر : أن يتعهد شخص بفعل الغير . وهو ما يسمى التعهد عن الغير . الذي سوف نعرض له فيما بعد عند تناول آثار العقد<sup>(١)</sup> . فالتعهد عن فعل الغير صحيح ( المادة ١٥٣ ) . ولا صعوبة في تبرير صحته . إذ أن قيام المتعهد بجعل الغير المتعهد عنه يؤدي العمل المتعهد به أمر ممكن ، وإن لم يكن مؤكداً . ومجرد إمكان المحل يكفي لقيام العقد . من غير تطلب أن يكون حصوله أمراً يقينياً قطعاً .

(١) راجع ما سيجيء ، نبذة ٢٨١ وما بعدها .

وعلى عكس التعهد عن فعل الغير ، أثار التصرف في ملك الغير جدلاً بالغ العنف ، واحتدم الخلاف حول حكمه ، ليس في الفقه وحده . بل حتى في مجال التشريع كذلك : حيث تتباين قوانين البلاد المختلفة في شأنه من النقيض إلى النقيض ، من البطالان إلى الصحة مروراً بالقابلية للإبطال . بل إن عنف الخلاف لم يقف عند حكم التصرف في مال الغير بوجه عام . بل امتد إلى نوعية التصرف ذاتها ، بحيث إنه لم يسلم الأمر . في ظل التقنين الواحد ، من أن يعطى لبيع ملك الغير . مثلاً . حكم مغاير لذلك الذي يعطى لرهنه أو لإيجاره .

ومؤدى تطبيق القواعد العامة أن يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً . فالمتصرف في ملك غيره . البائع مثلاً . إن قلنا بأن وفاءه بالالتزامات التي يفرضها عليه العقد قد يتعنر عليه شخصياً ، اعتباراً بأن من لا يملك لا يملك . فإنه يوجد بالضرورة شخص آخر غيره يستطيع الوفاء بهذه الالتزامات . وهو هنا المالك الحقيقي . وعلى ذلك فإذا كان محل التزامات المتصرف مستحيلاً عليه شخصياً ، فهو ليس مستحيلاً على كل الناس . واستحالة محل الالتزام التي تمنع من قيام العقد هي . على نحو ما قد سبق لنا بيانه . الاستحالة الموضوعية المطلقة . أى استحالة محل الالتزام في ذاته . كما تقول المادة ١٣٢ ، أما الاستحالة الذاتية أو النسبية . أى تلك المتعلقة بالمدين نفسه . فهي لا تمنع من قيام العقد . بل إن محل الالتزامات التي يفرضها التصرف في مال الغير لا يتمثل . في حقيقة الواقع . مستحيلاً حتى على المتصرف نفسه . إذ أنه يمكن لهذا الأخير أن يملك المال الذي تصرف فيه . والذي كان . عند تصرفه . مملوكاً لغيره<sup>(١)</sup> . كما إذا اشتراه منه مثلاً .

وإذا كان مؤدى القواعد العامة أن يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً . فإن هذا المبدأ يرد عليه بطبيعة الحال التخالف . إذا قرره القانون بنص خاص وفي شأن عقد معين . وهذا هو ما يجريه قانوننا المصرى بالفعل في خصوص بيع ملك الغير ( المادة ٤٦٦ ) ورهنه ( المادة ١٠٣٣ / ١ ) ، حيث يقرر

(١) انظر في هذا المعنى : Marty et Rayaud ، المرجع السابق ، نبذة ١٦٧ . وانظر مؤلفنا عقد الإيجار ج ١ نبذة ٦٠ .

وقوع البيع أو الرهن قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري أو المرتين . وهو ما يقرره القانون الفرنسي ، في شأن بيع ملك الغير ، من وقوعه باطلاً بطلاناً مطلقاً ( المادة ١٥٩٩ ) . على أنه في مثل هذه الحالات التي يعل فيها القانون بنص معين . الإبطال أو البطلان . ينبغي القول بأنه إبطال أو بطلان خاص أنشأه النص بمخالفة ماتقضى به القواعد القانونية العامة . وبأنه في غير ما ينص في خصوصه القانون بحكم مغاير . يقع التصرف في ملك الغير صحيحاً . وهذا ، على وجه الخصوص . هو ما يجمع الفقه والقضاء عليه سواء في فرنسا أو في مصر بالنسبة إلى عقد الإيجار <sup>(١)</sup> .

خلاصة ما سبق أن التصرف في مال الغير يقع . بحسب الأصل وما لم يقض القانون بغيره ، صحيحاً ، شأنه في ذلك شأن التعهد عن فعل الغير <sup>(٢)</sup> . ومؤدى صحة التصرف في مال الغير ، أن تتولد عنه الالتزامات التي من شأنه أن يولدها . فإيجار مال الغير . مثلاً . يفرض على المؤجر الالتزام بالتسليم وبتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين . فإذا لم يفلح المؤجر في الوفاء بهذه الالتزامات ، فإنه يعتبر مخلاً بها ، ويتحمل بالمسئولية عن إخلاله ، وفقاً لما يقضى به القانون . ومن أبرز مظاهر هذه المسئولية ثبوت الرخصة للمستأجر في طلب فسخ الإيجار . مع التعويض إن كان له محل . وهكذا فالجزاء الحق في التصرف في ملك الغير ليس هو البطلان . كما يقضى به القانون الفرنسي في خصوص البيع ، وليس هو الإبطال كما يقرر القانون المصري في شأن البيع والرهن <sup>(٣)</sup> ، وإنما هو الفسخ مع التعويض إن كان لهذا التعويض محل .

(١) انظر في صحة إيجار ملك الغير : مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٦٠ والمراجع العديدة المشار إليها في هامش ٣ من ص ٩١ وهامش ١ من ص ٩٣ . وانظر كذلك : نقض ١٩٧٧/١١/٢ مجموعة أحكام النقض س ٣٨ ص ١٥٩٧ رقم ٢٧٦ .

(٢) وقد حرص المشرع الكويتي على أن يفتن هذا الحكم ، فجاء في المادة ١٧٠ يقضى بأنه : « يجوز أن يتعلق العقد بملال الغير أو بفعله ، من غير أن يترتب عليه التزام على هذا الغير بدون رضاه » .

(٣) انظر السهوري ، المرجع السابق طبعة ١٩٦٤ هامش ١ صفحة ٤١٨ ، حيث يقول استناداً إلى كون استحالة تنفيذ البائع ملك غيره التزامه ينقل الملكية استحالة نسبية وليست مطلقة ، إنه « نولا ورود نص يصح بيع ملك الغير قابلاً للإبطال ( المادة ٤٤٦ ) لكان هذا البيع صحيحاً قابلاً للفسخ » .

وإذا وصلنا إلى أن العقد الذي يتصرف به أحد طرفيه للآخر في مال الغير يقع ، بحسب الأصل ووفقاً للقواعد العامة ، صحيحاً ، فإن ذلك لا يعنى إطلاقاً أنه ينتج أثرأ ما في مواجهة هذا الغير بمجرد ذاته <sup>(١)</sup> . فليس مؤدى قولنا . مثلاً . إن إيجار ملك الغير صحيح أن المستأجر يكون له الحق في أن يلزم ذاك الغير بتسليمه العين المؤجرة وبتمكينه من الانتفاع بها . فصحة العقد أو بطلانه أمر لا يعنى ، كأصل عام ، إلا العاقلين وحدهما . ثم خلفاءهما من بعدهما . ولا اعتبار له بالنسبة إلى الغير . إذ أن العقد ، حتى لو كان صحيحاً بين عاقيه . لا ينتج أثرأ ما في مواجهة الغير . إلا في أحوال استثنائية ينص عليها القانون . وهذا هو مؤدى القاعدة التي تقضى بأن العقود لا تنفع ولا تضر غير العاقلين وخلفائهما ودائنيهما .

#### ١٩٨- وجود الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام :

يخلص مما سبق أنه يلزم ، لقيام العقد . أن يكون محل الالتزام ممكناً في ذاته عند إبرامه . بمعنى ألا يكون مستحيلًا عندئذ استحالة موضوعية مطلقة . وفي أكثر الأحيان يتعلق محل الالتزام بشيء معين . سواء أكان المقصود من الالتزام نقل ملكية هذا الشيء . كما هو الحال بالنسبة إلى التزام البائع والواهب والمتقاضى . أو كان المقصود منه إجراء أى عمل آخر متعلقاً به . كتسليم العين المؤجرة للمستأجر أو المعايرة للمستعير . حتى يتمكن من الانتفاع بها على النحو المقصود .

وإذا تعلق محل الالتزام بشيء معين . فإنه لا يكون بالضرورة ممكناً . إلا إذا كان هذا الشيء موجوداً ، أو في الأقل . قابلاً للوجود . من هنا درج البعض على القول بأن الوجود شرط في محل الالتزام . والحقيقة أن الوجود

---

(١) أما إذا أتى الغير الذي حصل التصرف في ماله وأقر هذا التصرف . فإنه يتأثر بالضرورة به ، وتسرى أحكامه عليه ، ولكن ذلك يحدث لا نتيجة للتصرف في ذاته الذي كان عند إبرامه ، أجنبياً عنه ، ولكن نتيجة قيامه بإقراره . إذ بالإقرار يصير المالك الحقيقي طرف التصرف ، دون من أجراه ، الذي يعتبر في حكم النائب عن المقر ، إعمالاً لقاعدة أن الإقرار اللاحق يقع بمثابة الوكالة السابقة .

نيس شرطاً مستقلاً في محل الالتزام . بل هو أمر لازم لتحقيق شرط إمكان هذا المحل ، كلما تعلق بشيء من الأشياء .

فإن كان من شأن العقد أن يولد التزاماً متعلقاً بشيء محدد ، ثم ظهر أن هذا الشيء لم يوجد أصلاً ، أو وجد ولكنه هلك قبل العقد ، فإن العقد لا يقوم أصلاً . ومثال ذلك أن أبيعك حصتي في تركة قريب لي قد مات . ثم يتضح أنني لست وارثاً له . وأن التزم بأن أعيرك حصناً ثم يظهر أنه قد سبق له أن نفق موثاً . وأن أعقد معك إيجاراً عن منزل ، ثم يبين أنه سبق له أن تهدم . في هذه الحالات ومثيلاتها يقع العقد باطلاً ، لتخلف شرط الإمكان في محله .

ويلاحظ أن عدم وجود الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام لا يتصور إلا بالنسبة إلى الأشياء المعينة بالذات . وبعبارة أخرى الأشياء القيمة . إذ أن الأشياء المثلية . وبعبارة أدق الأشياء المعينة بالنوع . يتصور دائماً وجودها . ما دامت متوافرة في السوق . حتى لو كانت غير موجودة عند المدين نفسه . فهي تقوم مقام بعضها في الوفاء . ومن هنا جرى القول على أن المثليات لا تهلك . والملاك الذي يحول دون قيام العقد . هو ذلك الذي يلحق الشيء قبل إبرامه . لأن العقد هنا ينقصه ركن من أركانه . فلا يقوم . أما إذا كان الشيء موجوداً عند العقد . ولكنه هلك فيما بعد . فعنى ذلك أن العقد قد توافر له محله عند إبرامه . فهو لذلك يعتبر أنه قد قام صحيحاً . ولكنه انفسخ بعد ذلك . إذا كان الملاك حاصلًا بسبب أجنبي عن المدين لا يد له فيه ( المادة ١٥٩ ) .

#### ١٩٩ - التعامل في الشيء المستقبل :

رأينا أنه يلزم : لإمكان محل الالتزام وبالتالي لقيام العقد . أن يكون الشيء المتعلق به موجوداً عند العقد . بيد أن هذا الأمر لا يتحتم . إلا إذا نظر إلى الشيء على أساس أنه قائم عندئذ . أما إذا نظر إلى الشيء : على اعتبار أنه غير موجود الآن ، ولكنه سيوجد في المستقبل . فإن المحل يعتبر ممكناً : مادام وجود الشيء مستقبلاً غير مستحيل في ذاته استحالة موضوعية مطلقة .

. وهكذا نخلص إلى أنه يسوغ . كقاعدة عامة : أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٧ / ١ بأنه : « ١ - يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً » (١) .

وفي إباحة التعامل بالنسبة إلى الأشياء المستقبلية ، يختلف القانون المعاصر عامة والقانون المدني المصرى خاصة ، عن القاعدة التى يسير عليها الفقه الإسلامى . وإن كانت الاستثناءات العديدة التى ترد فيه على تلك القاعدة تقلص التخالف إلى حد كبير (٢) .

والتعاقد بالنسبة إلى الأشياء المستقبلية شائع فى العمل . لاسيما فى البيع والإيجار . ومثال ذلك أن يبيع صاحب مصنع البضائع التى سوف ينتجها مصنعته خلال عام مقبل . أو أن يبيع مالك الأرض ماعساه أن تنتجها من محصول فى الموسم القادم ، أو أن يؤجر شخص أو يبيع شقة فى داره التى يزمع إنشائها ، أو أن يعطى مؤلف لناشر حق نشر كتابه الذى يزمع تأليفه .

#### ٢٠٠ - حظر التعامل فى التركة المستقبلية :

رأينا أن القاعدة العامة هى أنه يسوغ أن يكون الشيء المستقبل محلاً للالتزام . وهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها استثناء هام ، مؤداه تحريم التعامل فى التركات المستقبلية ، أى التركات التى لم تفتح حتى الآن (٣) .

---

(١) وفى ظل قانوننا القديم ، ثار الخلاف حول ما إذا كان التصرف فى الشيء المستقبل يصح ، كقاعدة عامة ، أو لا يصح . وكان الرأى السائد قضاها وقضاء يجيب بنعم . وأراد المشرع فى قانوننا الحالى أن يقطع فى الأمر بقول فصل ، فضمنه هذا النص . انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا ، محاضرات فى العقود ج ٢ ، عقد البيع فبذة ٥٣ .

(٢) انظر ، فى حكم التعامل فى الأشياء المستقبلية فى الفقه الإسلامى ، ما سيجيء فبذة ٢٠٤ .

(٣) وقد ورث القانون المعاصر حظر التعامل فى الحقوق التى تشملها التركات المستقبلية من القانون الرومانى . فقد حظر الرومان التصرف فى تلك الحقوق ، ما لم يتم برضاء المورث المحتل . لما رأوه فى هذا التصرف من مضاربة على حياة المورث والحث على قتله ، ولما يتضمنه بذلك من مخالفة لحسن الآداب . وانتقل هذا الحظر من الرومان إلى القانون الفرنسى . ولكن الفرنسيين جعلوه شاملاً للتعامل فى حقوق التركة المستقبلية ، ولو تم برضاء المورث ، انظرأ لما رأوه من أن هذا التعامل ، فضلاً عن أنه يتضمن المضاربة على حياة المورث ، يقوم فى العادة على استغلال =

وفي ذلك نجد أن المادة ١٣١ . بعد أن قررت ، في فقرتها الأولى ، المبدأ العام القاضي بجواز التصرف في الأشياء المستقبلية : جاءت ، في فقرتها الثانية ، تقول : « غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل : ولو كان برضاه . إلا في الأحوال التي نص عليها القانون » .

وهكذا فالتعامل في التركة المستقبلية باطل . ولو تم برضاه صاحبها . بل ولو كان هو الذي أجراه (١) . إلا في الأحوال التي ينص عليها القانون . والمشرع يعنى . بهذا الاستثناء الأخير على وجه الخصوص . حالة التصرف في التركة من صاحبها عن طريق الوصية .

والحكمة من حظر التعامل في التركات المستقبلية أن هذا التعامل يتضمن المضاربة على حياة المورث المحتمل والحث على قتله . من ناحية . ولأن المتصرف في الأموال التي سوف يرثها فيما بعد يكون . في العادة . صيداً سهلاً وثميناً للمرايين والمستغلين والجشعين من الناس . من ناحية أخرى . أما إذا كان التصرف في التركة المستقبلية حاصلًا من ذات صاحبها . فإن علة حظره تتمثل في مخالفته لقواعد الميراث التي هي من صميم النظام العام .

وجزاء حظر التعامل في التركات المستقبلية هو وقوع التصرف باطلا . ولو تم من المورث المحتمل أو برضاه . والبطلان هنا مطلق ، لخالفه المثل للنظام العام : ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وللمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها (٢) و (٣) .

---

= المراهين حاجة الورثة الاحتماليين ونزقهم ، فيسلبونهم حقوقهم المحتملة ، نظير مقابل خمس زهيد . ومن القانون الفرنسي شاع حظر التعامل في التركات المستقبلية في القوانين المصرية للدول المختلفة . ومنها قانوننا المدني وقوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته .

(١) ويرجع بطالن التصرف إذا أجراه المورث المحتمل نفسه إلى ما يتضمنه هذا التصرف من مخالفته لأحكام الميراث التي هي من النظام العام ، كما قلنا في المتن .

(٢) ولكن يكون البطالن المطلق هو الجزاء ، يلزم أن يكون التعامل قد أجرى على أساس أنه يرد على مال باعتباره داخلا في تركة مستقبلية ، كما إذا باع شخص مالا يملكه في الحال أبوه ، على اعتبار أنه سوف يرثه عنه فيما بعد ، وقبل المشتري الشراء على هذا الأساس . هنا يعتبر التصرف وارداً على تركة مستقبلية . أما إذا اشتريت مالا معيناً ، معتقداً عند شرائه أنه مملوك البائع ، =



وإذا اعتبر التعامل وارداً على مال في تركة مستقبلية في غير مجاء منه على سبيل الوصية . وقع باطلاً في جميع الأحوال ، وسواء ارتفضاه المورث المحتمل أم لم يرضه ، وسواء أصدر من الوارث (١) أم من المورث نفسه . وسواء أكان المتصرف إليه وارثاً احتمالياً أم أجنبياً ، وسواء أكان محل التعامل مالا معيناً من أموال التركة المستقبلية أو نصيباً محدداً منها . أم هي كلها . فلا يجوز للشخص . مثلاً ، أن يبيع الأموال التي سوف يتركها عند موته . وإنما يجوز له أن يوصي بها في الحدود التي يسمح بها القانون (٢) .

= وجاهلاً بذلك أنه مملوك نورثه المحتفل ؛ في مثل هذه الحالة ، لا يعتبر البيع منعقداً على أساس أنه يرد على مال في تركة مستقبلية ، حتى لو كان البائع قد باع على هذا الاعتبار . وإذا كان البيع في حالتنا لا يعتبر وارداً على حق في تركة مستقبلية ، فهو لا ينال جزاءه ، أي البطلان . إنما هو يعتبر مجرد بيع لملك الغير ، ويأخذ جزاء هذا النوع من البيع ، أي أنه يقع قابلاً للإبطال . انظر في هذا الاتجاه : السهوري الوسيط ج ١ ص ٤١٥ هامش (١) .

(٣) أنظر : نقض ١٩٦٧/١١/٢١ طعن ٣٤٤/١٢٥ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٧٣٦ رقم ٢٦١ . وقد جاء في هذا الحكم أن التصرف في تركة مستقبلية باطل لا تلحقه الإجازة . ويجوز إثباته بكل طرق الإثبات . ولو كان الوارث طرفاً فيه .

(١) فيقع باطلاً البيع الصادر من الوارث المحتمل ذال مملوك في الحال لمورثه اعتباراً بأنه سيرته منه مستقبلاً ( انظر مصر الوطنية ٣٠ أكتوبر ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤ . ويبطل أيضاً عقد القسمة الذي يبرمه الورثة المحتملون لأموال مورثهم حال حياتهم ، وإن صح إذا أبرم بعد وفاته . ويبطل كذلك المهد الذي يقطعه الولد على نفسه بعدم الطعن في وصية يجرى أبوه .

(٢) وقد عرضت على محكمة النقض قضية طريقة تتصل بموضوعنا . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن زوجين أرادا أن يختص كل منهما بأموال الآخر بعد موته ، دون باق ورثته . فباع كل منهما في نفس اليوم لآخر أمواله بشمن صوري ، واشترط ألا يمتلك أحدهما أموال الآخر إلا بعد موته . وثار النزاع حول طبيعة كل من العقدتين ، هل يعتبر وصية فتفتد في حدود ما يسمح به القانون ، أم يعتبر من قبيل التصرفات الأخرى في تركة مستقبلية ، فتضع باطلاً . وقضت محكمة الاستئناف باعتبار التصرف الصادر من الزوج لزوجته وصية . ولكن محكمة النقض رأت بحق أنه لا يعتبر كذلك ، بل يعتبر تصرفاً بمقابل ، ثم للتحايل على أحكام الميراث ، فهو تصرف في تركة مستقبلية على خلاف طريق الوصية . وغلصت محكمتنا العليا إلى بطلانه . وقد جاء في حكم المحكمة العليا : « حيث إن هذا الذي أثبتته محكمة الاستئناف بين الدلالة على أن أيّاً من الزوجين لا يرد حقيقة الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، بل إن كلا منهما جعن وصية صاحبه له سبباً في وصيته هو لصاحبه ، فالواقع أن تصرفهما هو تبادل منفعة معلق على =

ولا يجوز للوارث المحتمل أن يبيع أو يرهن أو يؤجر نصيبه الذي يأمل أن يناله من التركة . أو مالا معيناً منها على اعتبار أنه سيأخذه بالميراث أو بالوصية . وسواء في ذلك أصدر التصرف لوارث احتمالي آخر أم لأجنبي ، وسواء ارتضاه المورث أم لم يرتضه . ولا يجوز للأب أن يهب بعض ماله لابنه على اعتبار أنه يمثل نصيبه الذي يستحقه ميراثاً عنه بعد موته <sup>(١)</sup> .

وحرى بنا أن نلفت النظر إلى أن الحظر : في المحال الذي نحن بصددده . لا يكون إلا إذا ورد التصرف في شأن مال ، اعتباراً بأنه سوف يكون من مشتملات تركة مستقبلية لإنسان لا زال على قيد الحياة عند التصرف . فلا يوجد

« انظر والفرق ، ولا غرض منه سوى حرمان ورقة كل منهما من حقوقهم الشرعية في الميراث . أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعماها ، فلا وجود له فيه . ويشبه التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه : لأن لكل من المتعاقدين ورقة يمنع وجودهم من هذه الموالاة . وترى المحكمة ... أنه من قبيل الرقي المحرمة شرعاً ( انظر نقض ١٤ يونيو سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر لأحكام النقض ، ج ١ ص ٤٤٩ ) » .

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١/٢٩ ، طعن ٤٦/٦٢٦ ق مجموعة النقض ص ٣٠ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً سلم حال حياته ابنه قطعة أرض من أراضي ليستغلها ، واعدأ إياه ببيعها له بعد سداد الديون التي تتغلها ، على اعتبار أن هذه الأرض هي مقدار نصيبه في ميراثه في الأراض ، وألا يكون له نصيب آخر في تركته فيما عدا نصيبه في الترخيل . رفع الأب دعوى بطلان الهبة . أجابته محكمة الاستئناف إلى طلبه . تأسيساً على عدم مشروعية السبب لانصرافه إلى تعامل في تركة مستقبلية . وبإרכת محكمة النقض هذا القضاء من محكمة الاستئناف . اعتباراً بأنه التزم صحيح القانون . والحكم هنا بطلان التصرف سليم تماماً . ولكن يؤخذ على محكمة الاستئناف . ومن بعدها على محكمة النقض ، أنها أسست بطلان التصرف على عدم مشروعية السبب ، في حين أن يتأسس في الحقيقة على عدم مشروعية الهبة اعتباراً بأن التصرف وارد على تركة مستقبلية . فليس يتناقض مع النظام العام مجرد الرغبة في تخصيص أحد الورقة المحتملين بمال من أموال المورث . وآية ذلك صحة الوصية في حدودها الرسمية . ولكن الذي يتناقض مع النظام العام هو أن يتصرف الشخص تصرفاً منجرأ في تركته المستقبلية . وهذا هو ما حدث في واقعات النزاع الذي صدر فيه الحكم الذي نقضه . فقد أعطى الأب حال حياته لابنه نصيبه في تركته ، وجعل بذلك وارثاً حالة كونه ليس يمد وارثاً . والمسألة هنا ليست مجرد جدل فقهي . بل إن لها أهمية كبرى في العمل . فلو أن البطلان هنا تأسس على عدم مشروعية السبب - باعتباره الباعث الدافع كما ذهب الحكم - لوجب على المتصرف له به ، الأمر الذي حرصت المحكمة بالفعل على إثبات حصوله وهي في سبيل تسييب البطلان . أما تأسيس البطلان على عدم مشروعية المحل ، فلا يحتاج إلى علم المتصرف له به ولا حتى على المتصرف نفسه .

ثمة ما يمنع من أن يتصرف الشخص في أمواله ولو كلها ، إذا ورد التصرف على أنه يسرى حال حياته . فيجوز للشخص . مثلاً ، أن يبيع أو يهب كل أمواله ، إذا كان المقصود من البيع أو الهبة أن تسرى فوراً لا بعد الممات (١) . كما أنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتحمل شخص في الحال بالتزام معين ، ويتفق مع دالته على أن يكون الوفاء به عند موت مورثه المحتمل (٢) .

### ٢٠٩ - ثانياً - تعيين محل الالتزام :

الشرط الثاني الذي يلزم توافره في محل الالتزام هو أن يكون معيناً ، أو في الأقل قابلاً للتعيين . وهذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها . مثله في ذلك مثل إمكان محل الالتزام . فالالتزام يلزم المدين بأداء محله . فإذا كان هذا المحل مجهلاً فاحشة . بحيث يتعذر الوصول إلى تحديده . كأن من شأن ذلك أن تتور المنازعات . دون أن يوجد لدينا أساس سليم لقضائها ، ومن ثم كان حرماً بالالتزام ألا ينشأ بالعقد ألا يقوم . وتمشياً مع هذه الفكرة جاءت المادة ١٣٣ تقضى بأنه : « ١ - إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان المقعد باطلاً . ٢ - ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته : ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » .

وتعيين محل الالتزام يختلف باختلاف الأحوال . فالالتزام بنشيد دار . مثلاً ، يتعين محله بالمواصفات التي يتضمنها العقد لهذه الدار . فإن لم يتضمن العقد ، في ذات نصوصه . هذه المواصفات ، وأمكن تحديد العمل المطلوب من الظروف الملازمة للعقد . كان محل الالتزام صحيحاً . وقام العقد . وإلا

(١) عل أن يلزم بطبيعة الحال أن يكون الاتفاق على فورية نفاذ الهبة أو البيع حقيقياً وليس صورياً .

(٢) في هذا المثال لا يوجد تصرف في تركة مستقبلية . فالأمر لا يعمل اقتران التزام المدين بأجل حدد بوفاء مورثه المحتمل .

كان هذا المحل غير محدد تحديداً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة ، ولا قابلاً للتحديد ، فينهار ، ويطل العقد .

وإذا تعلق محل الالتزام بشيء ، فإن تحديده يختلف باختلاف ما إذا كان هذا الشيء معيناً بذاته أم بنوعه .

فالشيء المعين بذاته : كنزل محدد أو كتاب معلوم ، يتعين بمميزاته الذاتية أو بالإشارة إليه أو إلى المكان الذى وجد فيه ، بشرط أن يكون هذا واضحاً نافياً للجهالة الفاحشة .

والشيء المعين بنوعه : أى الشيء المثلئ . يتعين بنوعه ومقداره ودرجة جودته . أى صنفه . كما إذا بعثك ١٠٠ كيلو من الأرز المصرى درجة ٢٣ قيراطاً . وهذا هو التعيين الكامل .

بيد أنه إذا كانت الأشياء المعينة بالنوع تتحدد بالتنوع والمقدار ودرجة الجودة ، إلا أن التحديد يختلف من حيث القوة والأثر باختلاف هذه الأمور الثلاثة .

فالتحديد بالنوع ضرورى ، بحيث إنه إذا لم يحصل . ولم يمكننا الوصول إليه بشكل قاطع من ظروف العقد . اعتبر المحل غير معين ، ووقع العقد بالتالى باطلاً ، كما إذا بعثك غلالاً دون أن أبين نوعها . قمحاً هى أم ذرة أم شعيراً . وكما إذا بعثك حيواناً دون أن أبين ما إذا كان بقرة هو أم حصاناً أم حميراً .

والتعيين بالمقدار لازم بدوره . وإلا بطل العقد . فإذا لم يحدد مقدار الشيء الذى يتعلق به الالتزام ، وتعنر الوصول إليه فى ضوء ظروف العقد وملازماته ، بطل العقد . فإذا بعثك : مثلاً : قمحاً . ولم يحدد مقداره . ولم يكن فى ظروف التعاقد وملازماته ما يمكننا من الوصول إلى هذا التحديد ، وقع البيع باطلاً ، لعدم تعيين المبيع . إما إذا أدت الظروف إلى جعل المقدار قابلاً للتحديد ، صح البيع .

وفى ما يتعلق بالصنف أو درجة الجودة . فإن استلزم التحديد الكامل لمحل الالتزام تعيينه . إلا أن عدم حصول هذا التعيين لا يؤثر فى قيام العقد .

إذ أن محل الالتزام يعتبر معيناً ، ولو خلا من تحديد صنفه ، حتى ولو لم يكن في ظروف التعاقد ما يؤدي إلى تحديده . فإن أمكن تحديد الصنف من ملابسات العقد وظروفه أو من العرف الجاري . التزم المدين بأن يسلم الشيء من هذا الصنف . وإن تعلل تحديد الصنف على الوجه المتقدم ، التزم المدين بأن يسلم الشيء من صنف متوسط ، أي صنف وسف بين الجيد والردى .

### ٢٠٢ - ثالثاً - مشروعية محل الالتزام :

والشرط الثالث والأخير ، الذى يلزم توافره في محل الالتزام ، هو أن يكون مشروعاً ، أى جائزاً قانوناً . فإن كان هذا المحل غير مشروع ، ما قام الالتزام ، وبطل العقد الذى كان من شأنه أن يولده . لعدم مشروعية محله . وفي ذلك تنص المادة ١٣٥ بأنه : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » .

ومناط مشروعية محل الالتزام أو عدم مشروعيته هو اتساقه أو مخالفته للقانون وللنظام العام وحسن الآداب . فإن كان المحل لا يتعارض مع القانون ولا مع النظام العام وحسن الآداب في الدولة . كان مشروعاً وقام العقد ، أما إذا كان مخالفاً للقانون<sup>(١)</sup> أو متجافياً مع النظام العام أو حسن الآداب ، وقع غير مشروع وبطل العقد .

ويقصد بصطلح « النظام العام *Ordre public* » كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التي يلزم تحقيقها حتى تسير

---

(١) ومن العقود التي يقضى القانون بطلانها لعدم مشروعية المحل بيع الوفاء ( المادة ٤٦٥ ) ، وهو البيع الذى يحتفظ فيه البائع بحق استرداد المبيع إذا رد الثمن خلال مدة معينة ( انظر نقض ١٩٧٦/٣/١٥ ، مجوعة النقض س ٢٧ ص ٦٥٢ رقم ١٣٠ - نقض ١٩٦٩/١/٢٣ ، مجوعة النقض س ٢٠ ص ١٤٤ رقم ٢٤ ) . ومن العقود التي يقضى القانون بطلانها أيضاً لعدم مشروعية المحل عقود المقامرة والرهان ( المادة ١/٧٣٩ ) ، ولئن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من أدائه ، ولو اتفق على خلافه ( المادة ٢/٧٣٩ ) ، عل أنه يستثنى مما سبق الرهان الذى يعقده المتبارون أنفسهم في المباريات الرياضية ( وليس غيرهم ) ، مع ثبوت الحق للقاضي أن يخفض قيمته إذا كان مبالغاً فيه ، كما تستثنى أوراق النصيب المخصص بها قانوناً ( المادة ٧٤٥ ) .

في طريقها نحو العزة والمجد ، وسواء في ذلك أكانت هذه المصلحة سياسية : كما هو الحال بالنسبة إلى كل ما يتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرة سيادتها بواسطة سلطاتها المختلفة : أو كانت هذه المصلحة اجتماعية ، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الأسرة . وما يتعلق بكفالة استتباب الأمن والنظام في الدولة . أم كانت تلك المصلحة اقتصادية ، كما هي الحال بالنسبة إلى تنظيم الإنتاج القومي في الدولة وتداول النقد فيها ، أم كانت هذه المصلحة خلقية . ككحل ما يؤدي إلى صيانة الأخلاق الحميدة في الدولة . وهذا هو ما يطلق عليه حسن الآداب <sup>(١)</sup> .

والأمثلة على العقود التي تقع باطلة لخالفه المثل فيها للنظام العام عديدة لا تنهاى . ونسوق منها الاتفاق الذي بمقتضاه يقبل الموظف رشوة لأداء عمل يدخل في مهام وظيفته . والاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص أن يرتكب جريمة . ويقع باطلاً أيضاً بيع المخدرات وغيرها من الأشياء التي يمنع القانون التعامل فيها . وتبطل كذلك كل الاتفاقات التي تستهدف التأثير على حرية الناخب في أن يختار من يراه صالحاً لتثيله .

ومن أمثلة العقود التي تقع باطلة . لخالفه المثل فيها لحسن الآداب : الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه شخص على أن يكذب لمصلحة آخر ، وعلى الأخص أمام المحكمة . والاتفاق الذي ترتضى به امرأة أن تعاشر رجلاً معاشرة آثمة غير مشروعة . ومن أمثلة العقود الباطلة . خالفه المثل فيها لحسن الآداب أيضاً . كل الاتفاقات التي ترد بشأن الدعارة ، كالاتفاق مع امرأة على أن تعمل فيها . أو الاتفاق على الترويج لها : أو الاتفاق على تأييد بيوتها . أو بيع هذه البيوت أو إيجارها . وتتم أحكام القضاء . بشأن كل ما يتعلق بالدعارة . بالصرامة والحزم . فهي تبطل بلا رحمة ولا هوادة كل العقود التي تتصل بها . بل إن المحاكم كانت تقضى ببطالان العقود المتصلة بالدعارة . حتى في الأحوال التي كانت الحكومة تصرح بالدعارة وتحضها لرقابتها . اعتباراً بأن التصريح الرسمي بالدعارة . وإن أضفى عليها الشرعية

---

(١) ولزيادة في الإيضاح في صدد النظام العام وحسن الآداب ، انظر مؤلفاً نظرية القانون ،

من الناحية الإدارية والجنائية ، إلا أنه يقصر عن أن يطهرها مما تنسم به من تناف وانحراف عن حميد الأخلاق وحسن الآداب .

#### ٢٠٣ - الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

إذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود ، فإن المدين يلتزم بدفع العدد المحدد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها ، في الفترة ما بين نشوء الالتزام والوفاء به ، أى أثر . ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك ( المادة ١٣٤ ) .

فالعبارة في الالتزامات التي يكون محلها دفع مبلغ من النقود هي بعدد هذا المبلغ ، أى بقيمته الاسمية ، دون تأثير لقيمته الحقيقية التي من شأنها أن تتعرض للارتفاع أو الهبوط ، بحسب قوة النقد أو ضعفه .

#### ٢٠٤ - محل العقد أو المعقود عليه في الفقه الإسلامي :

يولى الفقه الاسلامي بالغ الاهتمام لمحل العقد . أو المعقود عليه . كما يسمى فيه . فهو يدخل فيما يسميه « أصل العقد » ويترتب على تحلفه البطلان .

وإذا صرفنا النظر عن التفرقة التي يقول بها فقهاء المسلمين بين ما يطلقون عليه « ركن العقد » الذي يتمثل عندهم في الإيجاب والقبول . وبين « شرائط العقد » التي تدخل في رحابها أمور أساسية تتعلق بالتراضى نفسه . كتوافق الإيجاب والقبول في مجلس العقد وتوافر العقل في كل من العاقدين . كما يدخل في رحابها وجود المعقود عليه والأوصاف اللازمة فيه ؛ إذا صرفنا النظر عن هذه التفرقة ، التي تبدو لنا غير ذات موضوع . أمكننا أن نرى في المعقود عليه ركنا في العقد ، إلى جانب التراضى . وذلك في مفهوم فقه القانون المعاصر .

ويلاحظ أن اختلاف فن الصياغة القانونية بين الفقه الاسلامي والقانون المعاصر اقتضى نوعا من الاختلاف في فكرة محل الالتزام أو المعقود عليه . فالقانون المعاصر يهتم بالموضوع المباشر للالتزام . ويجعل منه محلا له . ولذلك فإن محل الالتزام يتمثل فيه على الدوام عملا أو فعلا ، إيجابيا كان أم سلبيا .

أما الفقه الاسلامي ، فهو يهتم ، في المكان الأول ، بالغاية من الحق . ولذلك فهو يرى محله متمثلاً فيها : الأمر الذي يؤدي إلى أن تصبح الأشياء : لا الأفعال . هي المعقود عليه في الغالب من الحالات . ولإيضاح هذه الفكرة . نأخذ عقد البيع كثال . فالقانون المعاصر يرى محل الالتزامات المتولدة عنه متمثلاً في أفعال . كعمل البائع على نقل الملكية والتسليم والضمان بالنسبة إلى البائع . ووفاء الثمن بالنسبة إلى المشتري . أما الفقه الاسلامي ، فيرى المعقود عليه متمثلاً في الغاية من البيع ، وهي المبيع والثمن .

وإذا لاحظنا هذا الاختلاف في الصياغة القانونية ، وأدخلنا التعديل الذي يقتضيه *mutatis mutandis* ، أصبحت فكرة المعقود عليه في الفقه الإسلامي مماثلة أو تكاد لفكرة المحل في القانون المعاصر . مع استثناء جوهرى يتمثل اختلافاً أساسياً بينهما ، وهو ما يتعلق بالتعامل في الأشياء المستقبلية ، حيث يبيحه القانون المعاصر كقاعدة ، وإن حرمه ، في حالة معينة . على سبيل الاستثناء . في حين أن الفقه الاسلامي يحظره كقاعدة ، وإن أباحه في حالات خاصة ، على سبيل الاستثناء .

وإذا أردنا : بعد أن أبرزنا الفكرة الأساسية التي تسود « المعقود عليه » في الفقه الاسلامي بوجه عام ، أن نركز على الشروط التي يجب توافرها فيه تحت ظل « المحلة » ، باعتبارها تقنياً للفقه الاسلامي على المذهب الحنفي . أمكننا أن نرد تلك الشروط إلى ما يلي :

١ - يجب أن يكون المعقود عليه موجوداً عند العقد<sup>(١)</sup> . وهذا مايقابل . في القانون المعاصر شرط إمكان المحل . لأن محل الالتزام في القانون المعاصر . هو الفعل . ومن ثم توجب إمكانه . في حين أن المعقود عليه ، في الفقه الاسلامي هو الشيء ، ولذلك اشترط وجوده .

---

(١) انظر المادة ١٩٧ مجلة بشأن عقد البيع ، حيث تقضى بأنه : يلزم أن يكون المبيع موجوداً . . وانظر أيضاً المادة ٧٠٩ بصددها ، حيث تستلزم أن يكون المرهون موجوداً . وانظر كذلك ٨٥٦ بشأن المحلة ، وهي تقول : « يشترط وجود المرهون في وقت المحلة . بناء عليه لا تصح هبة عتق سيدرك أو ولد فرس سيولد » .



وإذا لم يكن المقود عليه موجودا عند التعاقد ، وبعبارة أخرى إذا كان معلوما حينذاك ، وقع العقد باطلا . وفي ذلك تقضى المادة ٢٠٥ من المحلة ( الواردة بشأن البيع ) بأنه : « بيع المعلوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلا » . وكذلك تقضى المادة ٣٦٣ بأن بيع المعلوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال مقبوم باطل .

وببطل العقد ، إذا كان المقود عليه معلوما عند التعاقد . حتى إذا كان محتمل الوجود مستقبلا . وهكذا فيبيع الثمرة التي لم تبرز أصلا يقع باطلا ( المادة ٢٠٥ مجلة ) . بل إن العقد يبطل . كأصل عام : حتى إذا كان أصل الشيء موجودا . طالما أن وجوده ذاته لم يتم . وهكذا لا يجوز بيع الحمل ولا اللبن في الضرع <sup>(١)</sup> ، كما لا يجوز هبة ولد فرس سيولد ( المادة ٨٥٦ من المحلة ) .

وهكذا يظهر أن التعامل في الأشياء المستقبلية يرد ، كأصل عام ، باطلا في المحلة ، كما يرد باطلا في الفقه الاسلامي بوجه عام . بخلاف القاعدة التي يقضى بها القانون المعاصر .

بيد أن بطلان التعامل في الأشياء المستقبلية ، لا يتقرر في الفقه الاسلامي ولا في المحلة على وجه شامل مطلق . وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات . وأهم هذه الاستثناءات بيع السلم وهو بيع المؤجل بالعجل : كما إذا اتفق على أن يسلم أحد العاقلين في مجلس العقد مبلغا من المال على كمية من الحنطة محددة في مقدارها وفي وصفها من الجودة والخسة <sup>(٢)</sup> . ومن استثناءات حظر التعامل في الأشياء المستقبلية كذلك . بيع الثمار قبل نضجها ما دامت برزت جميعها ( المادة ٢٠٦ مجلة ) : أو كانت مما تتلاحق أفرادها كالفواكه والأزهار والخضروات وبرز بعضها <sup>(٣)</sup> . إذ يصبح هنا بيع ما سيبرز مع ما برز تبعاله

---

(١) انظر بدائع الصنائع ( ج ٥ ص ١٣٨ - ١٣٩ ) . وقد أشار إليه الأستاذ السهوري في مؤلفه .

(٢) انظر في بيع السلم وشرائطه المادة ٣٨٠ - ٣٨٧ من المحلة .

(٣) جاء في التقرير المقدم من واضي المحلة للصدر الأعظم ما يأتي : « ذكر في المادة السابعة والتسعين بعد المائة والمادة الخامسة بعد المائتين أنه لا يصح بيع المعلوم ، والحال أنه ما كان مثل -

بصفة واحدة ( المادة ٢٠٧ من المحلة ) . ومن استثناءات التعامل في الأشياء المستقبلية ، في النهاية ، عقد الاستصناع . كما إذا اتفقت مع خياط على أن يعد لك حلة تلبسها ، وعقد الإيجار ، حيث أجزى بخلاف الأصل ، مراعاة لمصلحة الناس .

٢ - إذا كان من مقتضى العقد أن يتسلم العاقد شيئاً ، وجب أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم . فإن لم يكن كذلك ، بطل العقد . وتحشياً مع هذه الفكرة ، جاءت المحلة ، في صدد البيع تقول ، في المادة ١٩٨ منها بأنه : « يلزم أن يكون المبيع مقدور التسليم » . ثم جاءت في المادة ٢١٩ منها ، تقضى بأنه : « بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل . كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر أو حيوان نادر لا يمكن مسكه وتسليمه » . وجاءت . في صدد الإيجار تنص : في المادة ٤٥٧ . على أنه : « يشترط أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء . بناء عليه . لا يصح إيجار الدابة الفارة » .

٣ - يجب أن يكون المعقود عليه مالا متقوماً<sup>(١)</sup> . فإن لم يكن مالا أصلاً . كالميتة والدّم ولحم الخنزير ، أو كان مالا ولكنه غير متقوم . بطل العقد<sup>(٢)</sup> . ويقصد بالمال المتقوم ، كما تقول المادة ١٢٧ من المحلة ، أحد معنيين : « الأول بمعنى ما يباع الانتفاع به . والثاني المال المحرز . فالسملك في البحر غير متقوم . وإذا أصطيد صار متقوماً بالاحراز » . وشرط أن يكون المعقود

---

= الورد والخرشوم من الأزهار والبقول والفاكهة التي يتلاقح ظهور محصولاتها يصلح فيه البيع . إذا كان بعض المبيع قد ظهر وبعضها لم يظهر . لأنه لما كان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن . وإنما يظهر أفرانها وتلاقح شيئاً شيئاً ، اصطلاح الناس في التعامل على بيع جميع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة بصفة واحدة ولذا جوز محمد بن الحسن الشيباني ، رحمه الله تعالى . هذا البيع استحساناً . وقال : أجل الموجود أصلاً . والمعلوم تبعاً له . . . وحيث إن إرجاع الناس عن عاداتهم المعروفة عندهم غير ممكن ، كما أن حمل معاملاتهم بحسب الإمكان على الصفة الأولى من نسبتها إلى الفساد ، وقع الاختيار على ترجيح قول محمد في هذه المسألة ، كما هو متدرج في المادة السابعة بعد المائةين .

(١) انظر المادة ١٩٩ من المحلة التي تقضى بأنه : « يلزم أن يكون المبيع مالا متقوماً » . وانظر أيضاً المادة ٧٠٩ بشأن الرهن .

(٢) انظر المواد ٢١٠ و ٢١١ و ٢١٢ من المحلة .

عليه مالا متقوما يقابل ، في القانون المعاصر ، اشتراط أن يكون الشيء الذي يتعلق به الالتزام داخلا في دائرة التعامل : أى مشروعيا .

٤- ويجب : في النهاية ، أن يكون العقود عليه محددًا تحديدا كافيا نافيا للجهالة الفاحشة . فيبيع المجهول فاسد ( المادة ٢١٣ مجلة ) . كما إذا قال شخص : « بعثك جميع الأشياء التي هي في ملكي » . وإذا لم يعين المأجور . فان الإيجار لا يصح ( المادة ٤٤٩ مجلة ) . وكذلك إذا كانت الأجرة غير معلومة ( المادة ٤٥٠ مجلة ) . ولا تصح هبة الشيء إذا لم يكن معينا ( المادة ٨٥٨ ) .

هذه هي الشروط الأربعة التي تستلزمها « الهبة » في العقود عليه . ويلاحظ أنها تقرر بطلان العقد جزاء لتخلف الشروط الثلاثة الأولى : في حين أنها تقرر فساد العقد جزاء لتخلف الشرط الأخير .

## الفصل الثالث

### السبب

٢٠٥ - تناولنا فيما سبق ، من أركان العقد: الرضاء والمحل . وقد حان لنا أن نتناول الركن الثالث والأخير . ونعنى به السبب<sup>(١)</sup> .

ويقصد بالسبب *cause* . باعتباره ركناً في العقد ، أو ركناً في الالتزام كما يرى الكثير من الفقهاء . الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام : أو هو بعبارة أخرى : الغاية التي يبتغى الملتزم تحقيقها نتيجة تعهده بالالتزام . فالمدين . حينما يرتضى أن يحمل نفسه بالتزام معين . يفعل ذلك بالضرورة لغرض يحده ، أو غاية يسعى إليها ، ويطلق على هذا الغرض أو تلك الغاية لفظ « السبب » . فالبائع . مثلاً . يرتضى التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع للمشتري وتسليمه إيابه . رغبة منه في الحصول على الثمن الذي يلتزم هذا الأخير بدفعه له . وهكذا فسبب أى من التزامات البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن . ومن ناحية أخرى . يرتضى المشتري التحمل بالالتزام بدفع الثمن . مدفوعاً في ذلك برغبته في الحصول على المبيع . ولذلك يمثل التزام البائع . بما يحق له هذه الغاية . سبباً لالتزامه . وسبب الالتزام يتميز بشكل واضح عن محله . فهو . كما قلنا . الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام . أما المحل .

---

(١) المراجع في نظرية السبب كثيرة متعدة . وإن جانب المؤلفات العامة في نظرية النعمة أو نظرية الالتزامات . تشير هنا إلى جانب من المراجع الخاصة في نظرية السبب :

H. Capitant, De la cause des obligations, 3 me éd., 1927-Josserand, Les mobiles des actes juridiques, nos 108 et S. — Maury, Encyclopéd. Dalloz, *reprotoire dr. Civ., voire cause-Dabin, théorie de la cause, th. Liège* 1919 — Droat des Monts, *la cause immorale, thèse Paris* 1955 — Maury, *le concept et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, rev. trim. dr comparé, 1951 p. 485 et s.*

فهو ، كما سبق لنا أن بيناه في حينه ، الأمر الذى يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله . وهكذا فالسبب تتضمنه الإجابة عن السؤال : لماذا التزم المدين *cur debetur* . وبمعنى أدق ، لماذا أراد المدين أن يلتزم ؟ في حين أن المصل تتضمنه الإجابة على السؤال : بماذا التزم المدين <sup>(١)</sup> *quid debetur* ؟

ولا مجال لفكرة السبب إلا في الالتزامات الإرادية ، أى تلك التى تنشأ بفعل الإرادة . فهى لا تكون في الالتزامات غير الإدارية ، أى تلك التى لا يكون للإرادة دخل في ذات نشوئها . فالسبب ، كما قدمنا ، هو الغاية التى يسعى إليها الملتزم من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام . فهو لا يكون حيناً يفرض القانون الالتزام على المدين ، دون أن يكون لإرادته دخل في تحمله به . كما هو الحال في الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سبب . وتلك التى جرت العادة على نسبتها إلى القانون مباشرة . وإذا وصلنا إلى أن السبب لا يكون إلا في الالتزامات الإرادية ، فهو يكون فيها كلها ، دون تفرقة بين تلك الناشئة عن العقد . وتلك الناشئة عن التصرف القانوني الصادر من جانب واحد ، كالوصية والوعد بجائزة .

٢٠٦ - ويجب بادئ ذي بدء عدم الخلط بين السبب ، بالمعنى الذى حددناه فيما سبق ، وبين السبب بمعنى المصدر الذى يتولد الالتزام منه . فلفظ « السبب » يفيد في نظرية الالتزام ، معنيين أساسيين : فقد يقصد به المصدر الذى يستمد منه الالتزام وجوده . ويطلق عليه . حينها يفيد هذا المعنى « السبب المنشئ *cause efficiente* » . وفي هذا الصدد ، يقال إن العقد . مثلاً . أو العمل غير المشروع . سبب للالتزام . وقد يقصد بالسبب الغرض أو الغاية التى يسعى إليها الملتزم من وراء قبوله التحمل بالتزام . ويطلق عليه في هذا الحال « السبب القصدى *cause finale* » . ونحن هنا نتناول السبب باعتباره أنه يفيد المعنى الأخير .

#### ٢٠٧ - نشأة فكرة السبب :

لم يعرف الرومان ( السبب ) . باعتباره ركناً لازماً لقيام العقد ، ولم

(١) انظر *Mazeaud* ، المرجع السابق نبذة ٢٥٤ .

يدخلونه أضلا في مقتضيات قيامه . فاصطلاح « السبب *causa* » عندهم لا يبقى إلا أمراً واحداً ، وهو المصدر المنشئ ، للالتزام *cause efficiente* . وإذا كان السبب ، باعتباره الفرض الذى يسمى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء قبوله التحمل بالالتزام . لم يصل عند الرومان إلى أحد الركنين اللذين لا تعقد العقد ، فإن فكرته مع ذلك لم تبقى بعيدة عنهم . فقد تأثر بها القضاء البريتوى . وهو في سبيل العمل على التخفيف من حدة القانون وصرامته ، وجعله متمشياً مع مقتضيات العدالة <sup>(١)</sup> .

(١) وعدم اعتبار السبب ، عند الرومان ، ركناً في العقد يمثل منهم سلوكاً طبيعياً ، في سبيل عهد شريعتهم العريقة . إذ أن العقود كانت وقتئذ خاصة كلها لسلطان الشكل . ومضى ذلك أنه لم يكن يلزم لانقضاءه إلا أن تنجى في الشكل الذى رسمه القانون ، حتى إذا ما جاءت في هذا الشكل ، قامت صحيحة . دون اعتداد به ذلك حتى بالإرادة في إنشائها ، ومن باب أولى ، دون اعتداد بالسبب الذى استلخته تلك الإرادة . وبقي الوضع على حاله ، من غير تعديل في فن إنشاء العقد ذاته ، حتى بعد أن تواجده لدى الرومان بعض العقود الرضائية ( وهي البيع والإيجار والوكالة والشركة ) ، حيث إنهم لم يتطلبوا فيها أن تنجى الإرادة عن سبب يحولها . وهذا ما يفسر عندهم ظاهرة استقلال الالتزامات بعضها عن البعض الآخر في العقود الملزمة لمطاعين ، وإن أدى تدخل البريتير ، على مر الزمن ، إلى إيجاد شيء من الارتباط بينها بوحى من مقتضيات العدالة .

وكان من شأن عدم ارتكاز العقد في قيامه على سبب عند الرومان أنه كان من الممكن أن يقوم العقد صحيحاً وأن يتحمل كل من طرفيه بالالتزام الناشئ عنه ، برغم أن الفرض الذى كان يستهدف أى منهم الوصول إليه من ارتضائه غير متحقق . فالمفترض ، مثلاً ، الذى يبرم عقد القرض في الشكل المرسوم ، كان يلتزم بدفع مبلغ القرض ، حتى لو لم يكن قد تسلمه من المقرض .

وهذا الأمر ، وإن تمشى تماماً مع مقتضيات فن تكوين العقد عند الرومان ، إلا أنه سرعان ما استبان تجايفه مع روح العدالة فيهم ، واستدعى الحال تدخل البريتير لرفع هذا التجايف ، أو في الأقل ، لحسن نفاقه . والبريتير ، كما نعلم ، كان يعتبر ملازم العدالة عند الرومان . وقد لعب بالفعل ، على مر الأيام ، دوراً بارزاً في تطوير قانونهم وتخفيف حدة وصرامة قواعده . وتدخل البريتير لم يصل إلى حد الاعتراف بالسبب كركن لازم لقيام العقد . فهو قد أقر بأن العقد يقوم صحيحاً ، حتى ولو لم يستند إلى سبب . بيد إنه إن فعل ذلك ، إلا أنه أعطى للمدين وسيلة يدفع بها عن نفسه ، ومثل هذه الحالة . وتمثل هذه الوسيلة في الدفع بالفسخ *exceptio doli* . فقد أجاز البريتير ( وهو القاضي الروماني ) للمدين أن يدفع بفسخ الدائن ، إذا ما طالبه بالوفاء بالتزام لا يستند إلى سبب . بل إنه أجاز له أن يأخذ بالمبادرة ، ويرفع دعوى مبتدأ على دائته =

٢٠٨ - ولعل الفضل في نشأة « السبب » باعتباره ركناً لازماً لقيام العقد في القانون المعاصر ، يرجع إلى الكنسيين *les canonistes* . ومن الممكن أن يكون الكنسيون قد تلقفوا فكرة السبب في عمومها من القضاء البيتوري عند الرومان . ولكنهم ، على أية حال ، هم الذين وضحوها وبلوروا ووصلوا بها إلى مرتبة الركن اللازم لقيام العقد . بمعنى أنه إذا لم يتوافر السبب ، أو حتى إذا توافر ولكنه جاء مخالفاً للأخلاق ، وقع العقد باطلاً .

ولقد بدأ الكنسيون . في نظرهم إلى السبب . يحدونه على نحو ما قال به البريتير الروماني ، أى على اعتبار أنه الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتعاقد إليه من وراء ارتضائه العقد . كما أنهم استهدفوا بالسبب في أول الأمر . نفس الغاية التي عمد البريتير إلى تحقيقها . وهي توفير العدالة في العقود . اعتباراً بأنه يتجافى مع العدالة أن يتحمل المتعاقد بما يفرضه العقد عليه من التزام ، إذا كان الغرض الأول الذي التزم من أجله لم يتحقق . فالعدالة تأتي ، مثلاً ، أن يلتزم المقرض بدفع مبلغ القرض : إذا كان الغرض الأول الذي سعى إليه ، وهو تسلمه هذا المبلغ ، لم يتحقق . بيد أن الكنسيين سرعان ما توسعوا في فكرة السبب ، فأدخلوا فيه ، إلى جانب الغرض المباشر الأول ، الباعث الشخصي الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، الأمر الذي قصدوا به إسباغ الفضيلة على العقود ، بمنعها من أن تتخذ وسيلة لمخالفة الأخلاق . بعد أن عملوا من قبل إلى توفير العدالة في العقود . وعلى هذا النحو وصل الكنسيون من تقرير فكرة السبب كركن في العقد إلى إرساء العقود

---

*condictio liberationis* = ، يطلب فيها تقرير برائة ذمة ، تأسيساً على علم وجود سبب لالتزامه . وأكثر من ذلك كله ، أجاز القضاء البيتوري للمدين الذي يرفى بدين غير مستند إلى سبب ، أن يرفع دعوى على الدائن باسترداد ما وقاه له ، تأسيساً على الإثراء بلا سبب . هكذا نجد أن القانون الروماني ، وإن لم يعرف السبب كركن لازم لقيام العقد ، وإن لم يصل لخلق أثره مباشراً في ذات قيامه كمقد ، إلا أن فكرته في ذاتها تواجبت ، تحت ظله ، في القضاء البيتوري ، وإن كان ذلك على غير وضوح كاف ، وكجود وسيلة غير مباشرة لتحقيق العدل . وهو إذا تواجب على هذا النحو ، فلم يكن يقصده به إلا الغرض المباشر الأول الذي يسعى المتلزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام . فلم يدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد .

على دعامتين أساسيتين ، هما العدالة والفضيلة (١) .

وهكذا نظر الكنسيون إلى « السبب » نظرة عميقة واسعة مدخلين فيه  
الفرض المباشر الأول والباعث الدافع في آن معاً . وهي نفس الفكرة التي  
عاد إليها الفكر القانوني المعاصر . بعد وقت جد طويل . ظل السبب خلالها

(١) وكان طبيعياً أن تصادف فكرة السبب حسن القبول في نفوس الكنسيين ، سيما وقد  
وصلوا إلى تحرير المقود من رتبة الشكلية التي كانت سائدة عند الرومان ، وأصبحت المقود  
في ظلهم ، رضائية ، إعمالاً للمبدأ الذي ساد عندهم . وهو أن الوفاء بالمهد الذي يقطعته الشخص  
على نفسه واجب . أي ما كانت الصورة التي يحجر عليها . فإذا كانت المقود قد تحررت من  
رتبة الشكل ، وأصبحت الإرادة بمجردها ذاتها قادرة على إنشائها ، فإنه ليس بما يتفق مع  
توازن المسيحية أن تترك هذه الإرادة متطلقة بغير حدود . وإنما يلزم تقييدها بما تستوجبه أخلاق  
المسيحية وآدابها ، لا سيما ، لإرساء مبدأ العدالة في المقود من وجه . وجعل المقود بمنى عن أن  
تتخذ أداة لتكتب الفضيلة من وجه آخر . ورأى الكنسيون في «السبب» غير وسيلة للوجهين  
إلى ما يبغيون . فاحتضوه أداة لتحقيق هذين الغرضين كليهما .

فمن أجل توفير العدالة في المقود ، تتطلب الكنسيون أن يكون للالتزام سبب ، وإلا وقع  
العقد باطلاً . وفي هذا المجال ، نظروا إلى السبب على اعتبار أنه الفرض المباشر الأول الذي يُبنى  
المصداق إليه من وراء ارتضائه التحمل بالتزامه . وهو نفس مدلول فكرة السبب كما تراه للقضاء  
البريتوري عند الرومان . وعلى هذا النحو . رأى الكنسيون أنه ، في المقود الملزمة للجانبين  
كالبيع ، يمثل سبب التزم كل متعاقد في التزام المتعاقد الآخر . وبعبارة أخرى في الأداء  
المقابل لأدائه . فإذا لم يكن للالتزام المتعاقد سبب . وبعبارة أخرى إذا لم يكن له مقابل ، وقع  
العقد باطلاً . ولم يحم بالتالي التزم ذلك المتعاقد . إذ أن في القول بقيامه تناف مع العدالة لاكتفاء  
المقابل . وقد أدت هذه الفكرة بالكنسيين إلى أن يقولوا مبدأ ارتباط الالتزامات المتقابلة في  
المقود انتمية لجانبين *connexité* . وقد تركز هذا القول منهم في الشعار الذي ساد لديهم  
خلال القرن الثالث عشر . والذي يقول بأنه : « لا يلزم الشخص بأن يراعى عهده مع من لا يراعى  
عهده نفسه ، أو لا عهد من لا عهد له *Non servandi fidem non est fidem servandi* .

وإذا كان الكنسيون قد استبدخوا من استنزاهم توافر السبب . كركن لازم لقيام العقد ،  
توافر العدالة في المقود . فمنهم من يقولون به عند هذا الهدف وحده على جليل شأنه ، ولكنهم  
رضوا به الوصول إلى هدف آخر لا يقل عن سلفه جلالاً وثباتاً ، ألا وهو منع المقود من أن  
تتخذ وسيلة لتكتب الفضيلة ومخالفة الأخلاق . وفي سبيل العمل على تحقيق هذا الهدف الأغني ،  
أدخل الكنسيون في تحديد السبب ، وكنعصر فيه ، الباعث المستحث الذي يدفع الماقد إلى ارتضاء  
العقد . وهكذا اتسع مدلول السبب عند الكنسيين عما كان عليه الحال عند الرومان ، فلم يعد  
مقتصوراً على الفرض المباشر وحده ، وإنما شمل إلى جانبه الباعث المستحث الدافع . انظر في  
سبق *Mazeaud* ، المرجع السابق تبة ٢٥٩ .



مقصوراً على الغرض المباشر الأول وحده . على نحو ماستينيه تفصيلاً  
فيما بعد .

#### ٢٠٩ - النظرية التقليدية في السبب :

ابتداء من القرن السابع عشر ، أخذ الفقهاء الفرنسيون التقدماء يرجعون  
إلى فكرة السبب ، كما تراءت للبريتير الروماني ، أى على اعتبار أنها تعنى  
الغرض القريب المباشر الذى يقصده الملتزم من وراء التزامه . دون الذهاب  
إلى أبعد من ذلك ، لتعنى البواعت البعيدة التى دفعته إليه . وكان الفقيه  
Domat من السابقين إلى ذلك ، حيث صاغ من فكرة السبب نظرية عامة  
محبوكة الأطراف . وأخذ بوتيه <sup>(١)</sup> Pothier فكرة السبب عن Domat .  
وعن هذين الفقهاء انتقلت إلى مجموعة نابليون .

وبعد صدور مدونة نابليون ، أخذ الفقهاء الفرنسيون يعالجون نظرية  
السبب على الأسس التى وضع الرومان بنورها الأولى . وقام شراح  
القانون الفرنسى القديم . لاسيما Domat و Pothier : بصقلها وتنميتها  
وتبسيطها ، وذلك طوال القرن التاسع عشر ، حتى أطلق على هذه النظرية  
« النظرية التقليدية » .

وتقوم النظرية التقليدية فى أساسها على التفرقة بين الغرض المباشر القريب  
causa proxima الذى يقصده الملتزم من وراء ارتضاءه التحمل بالتزامه  
وبين الأغراض الأخرى البعيدة أو غير المباشرة causa remota . وهى

---

(١) ذكر بوتيه ، فى مؤلفه « الالتزامات » ، فقرة ٢ و ٣ ما يأتى : « يجب أن يكون  
لكل التزام سبب شريف . ففى عقود المعاوضة ، يكون السبب فى الالتزام الذى يعقده أحد الطرفين  
هو ما أعطاه الطرف الآخر ، أو ما يلتزم باحطاله إياه أو التبعة التى يتحملها ، وفى عقود  
التبرع ، يكون الجميل الذى يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذى يعقده  
نحوه . أما إذا لم يتم الالتزام على أى سبب ، أو إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير  
صحيح ، فالالتزام باطل ، ويطل النقد الذى يتضمنه . ثم ينتقل بوتيه إلى السبب غير المشروع ،  
فيقول : « إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام يجرى المصادرة أو حسن نية أو حسن  
الآداب ، فالالتزام باطل ، ويطل النقد الذى يتضمنه » . وقد نقلنا هذه الترجمة من كتاب  
بوتيه عن أساطينا الشهورى . الوسيط ج ١ فقرة ٢٦٠ .

لا تعد إلا بالأول . وترى فيه سبب الالتزام *cause finale* . في حين أن لا ترى في الثانية إلا مجرد بواعث تدفع إلى ارتضاء الالتزام *causes impulsives* . فالبايع : مثلاً . وكل بايع . يقصد ، بتحملة بالالتزام بنقل ملكية المبيع ، أن يتحمل المشتري بالالتزام بدفع الثمن . وهذا هو القرض الأول المباشر الذى يسعى إليه البائع من وراء تحمله بالالتزام . وهو وحده الذى ينهض سبباً لالتزامه هذا . أما البواعث التى دفعت البائع إلى أن يتحمل بالتزامه ، فهى تختلف من شخص لآخر . ومن حالة لأخرى . فقد يقصد البائع أن يستغل الثمن الذى يدفعه له المشتري في شراء مال آخر يكون له أنفع مما باعه ، أو في سفر يزعم القيام به . أو في العلاج . أو في تعليم نفسه أو أحد من ذويه ، أو في الإنفاق على الفقراء والمساكين . أو في الاتجار في المخدرات ، إلى غير ذلك كله من الأغراض التى لا تنهاهى . والمشتري يقصد بدوره . من تحمله بالالتزام بدفع الثمن . غرضاً مباشراً أول ، هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع إليه . وهذا هو سبب التزامه . أما الدوافع التى حثته على أن يحصل على المبيع . فهى لا ترتقى إلى مرتبة السبب . ومن هه بعد تختلف باختلاف الظروف والأحوال . فقد يقصد المشتري من وراء حصوله على المبيع ، إن كان منزلاً ، مثلاً . سكناه بنفسه . أو تأجيرها لسكنى الغير . أو أن يفتتح فيه متجرأ أو مقهى أو مستشفى أو نادياً للقمار . إلى غير ذلك كله من الأغراض التى لا تقع تحت حصر .

هذا هو أساس النظرية التقليدية . ويركز كما قلنا في التفرقة بين الغرض المباشر الأول الذى يستهدفه الملتزم من وراء تحمله بالتزامه . حيث ترى فيه : وفيه وحده . سبب هذا الالتزام . وبين الأغراض التالية البعيدة . حيث ترى فيها مجرد بواعث دافعة إلى الالتزام .

ونحن إذا قابلنا بين ما تراه النظرية التقليدية سبباً للالتزام وبين ما تراه مجرد باعث دافع إليه ، وجدنا الأول يتميز بأنه : (١) أمر موضوعي *objectif* . أى أمر يتعلق بموضوع العقد ذاته . دون شخصية المتعاقد . (٢) وأنه أمر داخلي في العقد *intrinsèque* لا تنظمه بعيداً عنه ، وإنما تستمد

من طبيعته . (٣) وأنه في النهاية ثابت لا يتغير في العقود التي من طبيعة واحدة *invariable* . فسبب التزام البائع . مثلاً . هو التزام المشتري . وذلك في جميع عقود البيع ، دون تفریق . أما الثاني . ونعني به الباعث الدافع . فهو يتميز بأمور متناقضة تماماً : (١) فهو أمر ذاتي أو شخصي *Subjectif* ، أى متصل بشخص المتعاقد نفسه . (٢) وهو أمر خارج عن العقد *extrinsèque* ، إذ تنلمسه في نفسية المتعاقد ذاتها . (٣) وهو ، في النهاية ، متغير *variable* في النوع الواحد من العقود بتغير كل حالة .

وبعد أن تفرق النظرية التقليدية بين السبب والباعث الدافع . تلجأ إلى تحديد السبب في الطوائف المختلفة للعقود . وذلك على النحو التالي :

(أ) **العقود الملزمة للجانبين** : في العقود الملزمة للجانبين . ترى النظرية التقليدية في التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر . ففي البيع . مثلاً : يعتبر سبب التزام البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن . ويعتبر سبب التزام المشتري هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه . ووفقاً لهذا التصوير التقليدي ، إذا باع شخص شيئاً محرماً . ككية مخدرات ، مثلاً ، بطل التزامه هو لعدم مشروعية محله . أما التزام المشتري بدفع الثمن . فهو لا يبطل تأسيساً على المحل . فمحله مشروع ، إذ هو يقوم على دفع مبلغ من النقود . ولكنه يبطل لعدم مشروعية سببه . إذ أن سببه هو التزام البائع بنقل ملكية المخدرات وتسليمها .

(ب) **عقود التبرع** : السبب في عقود التبرع هو نية التبرع *animus donandi* ، دون البواعث التي دفعت إليها . فسبب التزام الواهب مثلاً . هو النية التي تحميه في أن يتبرع للموهوب له .

(ج) **العقود العينية** : السبب في العقود العينية . أى تلك التي يلزم فيها التسليم لذات قيامها . كالقرض والوديعة والعارية في ظل القانون الفرنسي . هو واقعة التسليم . فسبب التزام المقرض بدفع القرض ، مثلاً . هو سبق تسلمه هذا المبلغ من المقرض .

## ٢١٠ - مهاجمة النظرية التقليدية :

قليل من النظريات القانونية استهدف للتقد العاقى العنيف ، كما استهدفت له النظرية التقليدية فى السبب . فقد قام كثير من الفقهاء بمهاجمة تلك النظرية فى عنف وإصرار : لدرجة أن أطلق عليهم أعداء أو خصوم السبب (١) .  
les anticansalistes

وقد هاجم أعداء السبب النظرية التقليدية من وجهين : فقد رأوا فيها من ناحية . أنها غير صحيحة ، ومن ناحية أخرى أنها غير مفيدة .  
(أ) أما عدم صحتها ، فيدعيه أعداء السبب على النحو التالى :

١ - تقول النظرية التقليدية إن سبب التزام المتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين . هو التزام المتعاقد الآخر . ومؤدى ذلك ، فى زعم أعداء السبب . أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سابقاً للآخر . ولاحقاً له فى نفس الوقت : اعتباراً بأن التزام كل متعاقد يعتبر سبباً لالتزام المتعاقد الآخر ومسبباً عنه فى آن معاً ، والسبب يسبق المسبب . فلذا قلنا فى عقد البيع ، مثلاً . إن سبب التزام البائع هو التزام المشتري ، وإن سبب التزام المشتري هو التزام البائع ، فإن مؤدى ذلك أن يكون التزام البائع لاحقاً فى نشوئه لالتزام المشتري باعتباره مسبباً عنه ، وفى الوقت نفسه سابقاً عليه باعتباره سبباً له . وهذا غير منطقي من ناحية ، ثم إنه غير صحيح قانوناً ، من ناحية أخرى ، إذ أن الالتزامات المتولدة عن العقد تنتج عنه فى وقت واحد ، كأصل عام .

وهذا التقد يقوم على مغالطة يرجع فضل كشفها للفقير الكبير Capitans . إذ هو يقوم على اعتبار أن المقصود بالسبب هو السبب المنشئ ، أى ذلك الذى يعتبر مصدراً للالتزام . فى حين أن المقصود بالسبب ، باعتباره ركناً فى العقد ، هو السبب القصدى ، أى الغرض المباشر الذى يقصده الملزم من وراء التزامه . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سبباً أحدهما للآخر فى هذا المعنى ، وإن كانا يولدان

---

(١) وكان الفقهاء البلجيكيون من السابقين فى ذلك ، لا سيما Laurant و Ernest . ومن أشهر الفقهاء الذين هاجموا نظرية السبب فى فرنسا العلامة Planiol .

في نفس الوقت . إذ أن السببية هنا نفسية يتواجد في ذات نفس المتعاقد .  
وليست مادية ، بمعنى أن أمراً معيناً ينشئ أمراً آخر .

٢ - السبب في عقود التبرع ، وفقاً للتصوير التقليدي ، هو نية التبرع  
كما بينا . وقد انتقد خصوم السبب هذه الفكرة بقولهم إن نية التبرع تدخل  
في الرضاء . إذ أن الواهب لا يعتبر أنه ارتضى الهبة ، إلا إذا قصد إعطاء  
الموهوب له الشيء تبرعاً له به .

وقد حاول أنصار السبب أو السببيون les causalistes كما يطلق  
عليهم ، لا سيما Capitant ، رد هذا الهجوم . بمقولة إن الرضاء في عقود  
التبرع يتميز عن نية التبرع ، اعتباراً بأن رضاء الواهب هو قبوله إعطاء  
الشيء الموهوب له . وهو أمر متميز عن نيته في إعطائه هذا الشيء تبرعاً  
منه ، تلك النية التي تعتبر سبباً للترامه . وهذا الرد غير منع في الحقيقة ،  
وفيهِ شيء من العمل كبير <sup>(١)</sup> .

٣ - السبب في العقود العينية . وفق منطق النظرية التقليدية . هو واقعة  
التسليم . كما بينا . وقد انتقد خصوم السبب هذه الفكرة ، بمقولة إن التسليم  
هو شرط لذات قيام العقد العيني . فكأن النظرية التقليدية تخلط هنا بين السبب  
المنشئ والسبب القصدى .

وقد دحض أنصار السبب هذا النقد بقولهم إن التسليم لا يعتبر شرطاً  
لقيام العقد العيني ، إلا من حيث الصياغة القانونية ، لا أكثر . أما من حيث  
حقيقة الواقع ، فالعقد العيني عقد رضائي ينتج أثره الكامل بمجرد الاتفاق  
عليه . فالمقرض : مثلاً ، يلتزم بتسليم مبلغ القرض للمقرض ، بمجرد

---

(١) وقد أدى هذا بالفقيه Capitant نفسه ، وهو من أشد أنصار النظرية التقليدية .  
إلى أن يعترف بأن السبب في عقود التبرع يختلط بالباعث في حالتين : ( الأولى ) في التبرع  
المقترن بشرط ، كما إذا وهب شخص ماله لـ أن يخصص ريعه ليكون مكافأة تمنح لأول ليسانس  
الحقوق . فهنا يسلم Capitant بأن سبب التزام الواهب هو الباعث الذي دفعه إلى التبرع .  
( الثانية ) في الوصية ، حيث يرى الفقيه الكبير أن سبب التزام الموصى هو الباعث الذي دفعه  
إلى إجراء الوصية .

تفاههما على ذلك . فإن نفذ التزامه وسلم هذا المبلغ إلى المقرض . تحمل هذا الأخير بالتزام بدفع هذا المبلغ إلى المقرض ، ويرجع سبب التزامه هذا إلى واقعة التسليم ذاتها . وهذا التقدر منطقي . ويتفق تماماً مع النظرة الحديثة للعقود العينية التي تجعل من التسليم أثراً لها . وليس ركناً لازماً لقيامها .

(ب) أما عدم فائدة نظرية السبب ، وهي الناحية الثانية التي تركزت حولها مهاجمة أعدائها إياها . فترجع ، في نظر هؤلاء إلى إمكان الاستعاضة عن تلك النظرية ، في العقود الملزمة للجانبين . بتقرير الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، سيما وأن رضاء كل متعاقد بالالتزامات التي تتقله يقوم على اعتبار تحمل المتعاقد الآخر ببلوره بالتزاماته . أما في عقود التبرع وفي العقود العينية ، فيمكن الاستعاضة بالسبب بالقواعد القانونية العامة : لا سيما ما تعلق منها بتوافر الرضاء .

وهذا التقدر لا يقوم في الحقيقة على أساس . وعلى الأخص ما يتعلق منه بالعقود الملزمة للجانبين . فالقول بتقرير الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هو بذاته تسليم بفكرة السبب . فهذا الارتباط يقوم لأن كل التزام يرجع في سببه للالتزام الذي يقابله .

من كل ما سبق يبين أن الهجوم القاسي العاني العنيف الذي وجه إلى النظرية التقليدية في السبب لا يقوم ، في مجموعه ، على أساس ، إذا ما استثنينا ما تعلق منه بالسبب في عقود التبرع . ولهذا لم يقلح هذا الهجوم في الإجهاز على فكرة السبب في ذاتها <sup>(١)</sup> ، حيث وجدت لها مكاناً رحباً في

---

(١) بل إن الكثير من الفقهاء المعاصرين لزالوا يأخذون بنظرية السبب في شكلها التقليدي ، وعلى الأخص بعد التعديلات التي أدخلها عليها *Capitant* . وتتركز هذه التعديلات في ناحيتين أساسيتين :

( الأولى ) يرى الفقيه الكبير أنه من الأصوب ، في العقود الملزمة لجانبين ، القول بأن سبب التزام كل متعاقد ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية في ثوبها الأصل ، ولكن تنفيذ هذا الالتزام . فسبب التزام البائع ينقل الملكية ليس هو ذات التزام المشتري بلغض الثمن ، ولكن الوفاء بهذا الثمن . وسبب التزام المشتري بلغض الثمن ، ليس هو ذات التزام البائع ينقل الملكية ، ولكن حصول هذا الانتقال بالفعل . وقد حدث بالفقيه *Capitant* إلى إجراء هذا التعديل رغبة في أن يجعل نظرية السبب دعامة العقد ، ليس عند إبرامه فحسب ، -

أحدث التشريعات ، ومن بينها قانوننا المدني المصري . ومن بعده قوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته .

### ٢١١ - النظرية الحديثة في السبب :

العيب الذي يشوب النظرية التقليدية ليس هو في كونها غير صحيحة أو غير مفيدة ، كما زعم أعداؤها . بل هو يتركز في قصرها وضيق أفقها . الأمر الذي أدى بها إلى جذب إثمائها وضعف فائدتها . فإذا كان مؤدى نظرية السبب أن تنص على الغرض الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء الالتزام الذي يتحمل به ، فلماذا نقف عند الغرض المباشر الأول . فلا تعداه إلى غيره من الأغراض الأخرى التي تكون مثله دافعة إلى التعاقد . لماذا نقف في منتصف الطريق . دون أن نسير فيه إلى نهايته ؟ فإذا اشترى شخص . مثلاً . منزلاً

---

وإنما طوال حياته أيضاً . فلا يقتصر الأمر على تقرير بطلان العقد ، إذا ما تخلف السبب . وكان غير مشروع منذ البداية ، ولكن العقد يتأثر أيضاً بما يترتب سبب الالتزام به نشأته . فإذا هلك المبيع ، مثلاً ، بعد البيع ، وزال بالتالي سبب التزام المشتري ، كان هذا الأخير في حيز من تنفيذ التزامه . وإذا امتنع البائع عن تنفيذ التزاماته ، جاز للمشتري أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه ، أو أن يفسخ البيع .

( الثانية ) والناحية الثانية التي عملها التصديل الذي أجراه الفقيه الكبير *Capitant* في النظرية التقليدية تتعلق بالسبب في عقود التبرع ، حيث خلط بينه وبين الباعث في الحية المقترنة بشرط إنفاق ربح الموهوب على وجه معين وفي الوصية . على النحو الذي أوضحناه فيما سبق ( انظر ص ٤٣٧ هامش ١ ) .

ويلاحظ أن التصديل الأول الذي أدخله *Capitant* على نظرية السبب ، والذي يمثل في قوله إن سبب التزام المتعاقد ، في العقود الملزمة لجانبين ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر ، ولكنه هو الوفاء به . يلاحظ أن هذا التصديل لم يخل من النقد . إذ أن التعاقد ، ونحو أنه يستهدف حقيقة حصوله على مقابل التزامه هو ، أي قيام التعاقد الآخر بالوفاء بالتزامه . إلا أنه يستهدف بادئ ذي بدء تحصيل هذا التعاقد الآخر بالتزامه ، حتى يقوم بعد ذلك بالوفاء به . فكيف للعائد أن يصل إلى أن يوفى له غرضه بالتزامه ، قبل أن تنشغل ذهنه به . فالقول من *Capitant* أن سبب التزام التعاقد هو وفاء التعاقد الآخر بالتزامه فيه تجاهل لفرض أسبق ، وهو قيام الالتزام في ذمة هذا التعاقد الآخر . فقبل الوصول إلى الغاية ، ينبغي بادئ ذي بدء أن تتحقق الوسيلة التي تصلنا بها . انظر في هذا المعنى : *Maury, Enc. Dalloz, cause no 26. Rev. dr. com., 1951. P. 495.*

يغية اعداده لمباشرة المعهارة فيه ، والتزم بالتالى بدفع ثمنه ، فتنحن نتقصى  
الغرض الذى حدا به الى قبول التحمل بهذا الالتزام . ولا جدال أنه قصد  
بذلك الحصول على ملكية المبيع ، كغرض مباشر أول ، وهو غرض مشروع  
لا غبار عليه . ولكننا لماذا نقف : كما تفعل النظرية التقليدية عند هذا الحد ؟  
لماذا لا نتمتع أكثر ، فنتقصى الغرض التالى ونعتد به ، كلما كان دافعاً  
إلى التعاقد وملحوظاً عند إجرائه ؟ ونحن ، إن فعلنا : وجدنا أن الغرض  
التالى الذى يستهدفه المشتري . فى مثالنا : بعد أن يتحقق له الغرض المباشر  
الأول ( الحصول على ملكية المنزل ) . هو استعماله فى مباشرة المعهارة . وهو  
غرض ناب مخالف لحسن الآداب . وهكذا نستطيع هنا أن نبطل عقد البيع ،  
على خلاف ما توحى به النظرية التقليدية . ولا جدال فى أن الأخذ بهذه  
الفكرة الجديدة يوسع الباب لاعتبارات النظام العام وحسن الآداب . لكنى  
تنفذ على نحو أرحب . فتنهض قديراً يرد على الإرادة . يحد من انحرافها  
ويحول دون التجاسأ إلى ما فيه مخالفة لأسس المجتمع وحميد أخلاقياته .

هكذا ولدت النظرية الحديثة فى السبب . وقوامها أنها لا تقف عند  
الغرض المباشر الأول : أو السبب القصدى : كما تسميه النظرية التقليدية ،  
بل تدخل ، فى سبب الالتزام . الباعث المستحث الذى دفع الملتزم للتحمل  
بالالتزام . فوقنا لمنطق هذه النظرية ، لا يعتبر سبب التزام المشتري ، فى  
البيع الذى يعقده لحصوله على منزل لكنى يباشر المعهارة فيه ، هو مجرد سبب  
البائع بالالتزام بنقل ملكية المنزل إليه . كما تقول بذلك النظرية التقليدية فى  
ثوبها الأصيل ، ولا حصول هذا الانتقال إليه بالفعل ، كما تقول به تلك  
النظرية بعد التعديل الذى أدخله عليها *Capitant* . ولكن يرجع سبب  
هذا الالتزام إلى رغبة المشتري فى الحصول على ملكية المنزل لمباشرة المعهارة  
فيه . وبهذا تصل النظرية الحديثة إلى بطلان البيع فى هذه الحالة ، لعدم  
مشروعية السبب : بشرط أن يكون البائع عالماً بالغرض الذى استهدفه  
المشتري . أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به . هكذا تكسرت من جديد  
الخواجز التى أقامها الرومان . وسار عليها من بعدهم الفقهاء التقليديون بين



السبب القصدي ، بمعنى الغرض المباشر الأول ، وبين الباعث الدافع إلى التعاقد ، وعدنا بذلك مرة أخرى إلى نظرية السبب ، كما ابتدعها الفقهاء الكنديون .

خلاصة ما سبق أن النظرية الحديثة لا تقف . في تحديد السبب . عند السبب القصدي . بمعنى الغرض المباشر الأول . ولكنها تدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد . كلما كان متصلاً بالتعاقد الآخر ، بمعنى أن يكون هذا عالماً به ، أو كان يستطيع في الأقل أن يعلم به . فليس كل باعث يدخل عنصراً في السبب . وإنما يلزم أن يكون هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد . بمعنى أن يكون هو الذي أدى بالمدين إلى أن يرتضى التحمل بالالتزام . بحيث إنه لو لاه لما ارتضاه . ثم يلزم ، فوق ذلك ، أن يكون التعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث . أو كان يستطيع في الأقل أن يعلم به (١) . وذلك في المعاوضات على الأقل . فإن بقي الباعث مجرد أمر داخلي كامن في نفس المتعاقد ، لم يعلم به غريمه ، ولم يكن في استطاعته أن يعلم به ، ظل غريباً عن العقد . ولم يدخل عنصراً في تكوين السبب . ففي مثالنا السابق الخاص بشراء منزل بغية مباشرة العهارة فيه : لا يدخل هذا الباعث عنصراً في السبب . ويؤدي بالتالي إلى بطلان البيع ، إلا إذا كان البائع عالماً به ، أو كان يستطيع في الأقل أن يعلم به (٢) ، لو أنه بذل من الحرص ما تفرضه الظروف على الرجل المعتاد .

---

(١) انظر في هذا المعنى Mazeaud ، المرجع السابق ، نبذة ٣٦٩ .

(٢) ويلاحظ أن منطق الأمور يقتضي منا ألا نتطلب اتصال الباعث الذي يدفع أحد المتعاقدين إلى ارتضاء العقد بلم العقد الآخر ، لكي يدخل في مضمون السبب ، إلا في الحالة التي ترغف فيها دعوى البطلان من صاحب هذا الباعث نفسه . أما إذا رفعت دعوى البطلان من العقد الآخر ، فليس يوجد أي مقتضى لأن يكون الباعث الذي دفع غريمه معلوما لديه عند العقد . فالغاية من طلب اتصال الباعث للدافع بالعقد الآخر هو تأمين هذا العقد نفسه من خطر البطلان ، في الحالة التي يكون جهلاً إياه تماماً ، اعتباراً بأن استقرار المعاملات يقتضي ذلك . ولكن إذا رفعت دعوى البطلان من العقد الآخر ضد صاحب الباعث نفسه ، فلا معنى أن نتطلب أن يكون الأول عالماً بهذا الباعث عند العقد . فلو أن شخصاً استأجر ، مثلاً ، داراً ليجهل منها وكرراً للعهارة ، ثم طلب هو بطلان الإيجار ، تأسيساً على عدم مشروعية السبب ، فإنه يكون من المنطق أن نتطلب

هذا هو مؤدى النظرية الحديثة في السبب . وهى لا تفرق ، في اعتدائها  
بالباعث الدافع المعلوم من الطرف الآخر ، بين المعاوضات والتبرعات .  
وإن وجد اتجاه قوى في الفقه يقتصر على اشتراط هذا العلم في المعاوضات  
وحدها دون التبرعات <sup>(١)</sup> . وهو اتجاه لم يجمع القضاء عليه . بل لعله أميل  
إلى عدم مسايرته <sup>(٢)</sup> . وأياً ما كان الأمر : فيندر جداً في مجال عقود التبرع  
أن يكون المتبرع له جاهلاً بالباعث الآثم الذى دفع المتبرع إلى أن يتبرع له .  
ويلاحظ أن النظرية الحديثة لا تهجر منطق النظرية التقليدية على إطلاقه .  
فهى لا تعدو أن تكون مكحلة له . مع استثناء ما تعلق منه بالتبرعات . فهى  
ما زالت تمتد . في العقود الملزمة للجائين . بالسبب القصدى . بمعنى الغرض

مع اتصال ذلك الباعث الملبث بمن أخرجه . وإلا رأينا هذا الأخير وقد حرم من العقد ، نتيجة  
"الغش" . في حين أنه لا يوجد ما يؤخذ عليه . ولكن إذا كان رافع دعوى البطلان هو المؤجر  
نفسه : فهل يكون من المنطق أن نحول بينه وبين الوصول إلى البطلان بمقولة إنه لم يكن يعلم ،  
عند العقد ، بالباعث الذى دفع المستجر إلى إبرام العقد ، وأن هذا الباعث بالتالى لا يدخل في  
تكهين السبب ؟ واضع أن مثل هذا القول يتجنى مع المنطق . من وجه . ولا يتماشى مع الغاية التى  
من أجلها استلزم اتصال الباعث بالعقد الآخر ، ومن وجه ثان . انظر في هذا المعنى : **Mazeaud**  
المرجع السابق . نبذة ٢٦٩ . وانظر كذلك : **Planiol, Ripert et Esmein** ، ج ٦  
نبذة ٢٧٨ - وانظر أيضاً : عبد المنعم الصمد ، المرجع السابق ، نبذة ٢٣٣ - وقارن : جيان  
زكى . المرجع السابق نبذة ١١٥ .

وقارن نقض فرنسى مدنى ٤ ديسمبر ١٩٥٦ ، **Sem. Jur.** - ٢ - ١٠٠٨ وتعليق

**J. Mazeaud**

(١) راجع : **Josserand** . في مؤلفه القيم **Les mobiles** . نبذة ١٥٩ و ٢٦١ .  
ونظر أيضاً : **Mazeaud** ، المرجع السابق . وانظر كذلك **Marty et Raynaud**  
المرجع السابق . نبذة ١٩١ . وانظر مكرس هذا رأى : السبوري الوسيط ج ١ نبذة ٢٨٣ .  
(٢) أنظر : نقض فرنسى عرائض ٢٤ يونيو ١٩٣٦ **D.H.** ١٩٣٦ ص ٤٠٩ .  
سرى ١٩٣٦ - ١ - ٣٤٨ . وقد ذكر هذا الحكم أشرارك الماقيدين في عدم مشروعية الباعث  
تشرط لإبطال التبرع . ورغم أن هذا الأمر لم يكن محل بحث في القضية . وانظر كذلك **Gronoble**  
ديسمبر ١٩٤٥ ، سرى ١٩٤٦ - ٢ - ٢٢ . وقد رفض هذا الحكم تقرير بطلان هبة مستورة ،  
اعتباراً بأن "باعت المثاق للأخلاق لم يكن مشتركاً بين الماقيدين . وانظر أيضاً نقض مصرى  
١٩/١١/٧٩ ، مجموعة النقض ص ٣٠ رقم ١٠٣ ، الذى جاء في شأن دعوى بطلان  
هبة ، يقول إن السبب غير المشروع الذى من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ مدنى ،  
يجب أن يكون معلوماً من المصاقل الآخر .

المباشر الأول . كل ما هنالك أنها لا تقف عنده ، بل تزيد عليه الباعث اندفاع ، بشرط أن يكون التعاقد الآخر عالمًا به أو في استطاعته أن يعلم به (١) .

ثُمَّ في التبرعات . فترى النظرية الحديثة أن سبب التزام المتبرع هو الرغبة في إهداء الجميل للمتبرع له . ثم تضيف إليه الباعث اندفاع . إذا كان ملحوظًا في التعاقد . بمعنى أن يكون الموهوب له . مثلاً . عالمًا به ، أو كان في مقدوره أن يعلم به . لو أنه بذل جهد الرجل العادي .

وقد طبقت المحاكم . سواء في فرنسا أو في مصر تحت ظل قانونها القديم . النظرية الحديثة في السبب على نطاق واسع . وذلك في المعاوضات والتبرعات على حد سواء . فقضت ببطلاق عقد البيع أو الإيجار . إذا كان المشتري أو استأجر قد عقده بغية مباشرة الدعارة أو لعب القمار في العين المشتراه أو مستأجرة (٢) . مادام البائع أو المؤجر كان عالمًا أو كان في استطاعته أن يعلم بتقبيح قصده . وقضت كذلك ببطلاق القرض الذي يرم بغية تمكين المقرض من مباشرة العهارة أو لعب القمار أو اللحاق بالخليل (٣) أو الخلية . وقضت أيضاً

(١) وقد أصبحت محكمة التزويق الابتدائية ( حكم صادر في ٢٥ فبراير ١٩٣٠ ، منشور في مجلة المحاماة المصرية ) عين الحقيقة ، عندما قالت : في هذا الصدد ، بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث في مرتبة واحدة مع السبب المباشر ، وذلك في حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، وبأن الباعث يعتبر في هذه الحالة ملاحظاً في العقد ، وأنه بعونه لا يمكن لهذا الأخير أن يجهل .

(٢) انظر من أحكام القضاء الفرنسي : نقض مدني ١٢/٢٧ ، ١٩٤٥ ، Gaz. Pal. ١٩٤٦ : ١٠٤١٠ ، منشور أيضاً ، في rev. tr. dr. civ. ١٩٤٦ ص ١٢٤ وملاحظات الأستاذين Mazeaud - نقض إجتماعي ١٠/٢٧ ، ١٩٥٧ Bull. Civ. ١٩٥٧ ، رقم ١٠٢٧ ص ٧٣١ - استئناف Nîmes - ١١/٢٦ ، ١٩٦٦ Sem. Jur. ١٢٠١٩٩٨ .

(٣) انظر نقض فرنسي مرائف ١٧/٤/١٩٢٣ ، دالوز ٩٢٣-١-١٧٢ . وتتلخص موافقة القضاة التي صدر فيها هذا الحكم في أن امرأة تزوجة اقترضت من أحد الأشخاص مبلغاً من النقود ، لكي تستطيع أن تلحق بمشيقتها في جنيف ، ولحقت به بالفعل ، وذلك بطلب المقرض . مطالب المقرض بعد ذلك بمبلغ القرض . وقضى في الدعوى ببطلاق عقد القرض ، تأسيساً على عدم مشروعية السبب .

ببطلان الحبة التي يعقدها شخص لإمرأة ، لكي يتوصل بها إلى معاشرتها حراماً .  
أو لكي تستمرعه في تلك المعاشرة . أو لكي يستعيد بها . أو ليكافأها  
عليها (١) . أما الحبة التي يعقدها الخليل لخليلته . بعد انتهاء المعاشرة الآتمة .  
وبغية تعويضها عما لحقها من أضرار بسببها : فهي صحيحة (٢) . وقضت محكمة  
التنقض المصرية ببطلان حبة عقدها أب لإبنه ، تأسيساً على أن الباحث إليها  
هو قصر حقه في إرثه بعد موته على الأرض الموهوبة دون باقي أراضيه ، وهو  
باحث غير مشروع لخالفته أحكام الميراث (٣) .

هذه هي النظرية الحديثة في السبب . وهي من خلق القضاء . حتى أطلق  
عليها أيضاً : « نظرية القضاء في السبب » .

وقد انحازت الأغلبية الكبرى من الفقهاء ، سواء في فرنسا أو في مصر ،  
إلى تلك النظرية من ناحية أنها لا تقف : في مجال تحديد مضمون السبب .  
عند الغرض المباشر الأول . على نحو ما ذهب إليه النظرية التقليدية . وإنما  
تعتد أيضاً بالباحث المستحث الدافع إلى التعاقد .  
ولكن الفقه في مجموعه ، في سبيل تحقيق الهدف الذي نادى به القضاء

---

(١) انظر : نقض ملغ فرنسي ١٤/١٠/١٩٤٠ D.H. ، ١٩٤٠ ص ١٧٤-٢٨/١٠/١٩٥٢  
G.C.P. ١٩٥٣ ، ٢ ، ٧٦٤٧ - استئناف باريس ١٤-٦-١٩٥٥ G.C.P. ١٩٥٦  
٢ ، ٩٣٠٣ وتعليق Rabut - نقض ملغ ٨/١٠/١٩٥٧ G.C.P. ١٠٢٣٤/٢/٥٧  
دمشقر أيضاً في دالوز ١٩٥٨ ص ٣١٧ وتعليق Esmein .

(٢) إذا كانت الحبة بقصد تعويض الخلية عما لحقها من ضرر من جراء إساءة سميت أو  
بقصد تأمين مستقبلها بعد انقطاع المعاشرة ، فإنها تقع صحيحة ، لمشروعية الدافع إليها  
( انظر استئناف مصر ١٣ يونيو ١٩٠٩ ، المجموعة الرسمية س ١١ رقم ٢ ص ٦ - استئنافية  
المختلطة ٨ يونيو ١٩١٦ ، جازيت ٦ رقم ٣٦ ، ص ١٧٦ ) . بل إن إبطاء الشيء هنا لخليلة .  
على نحو ما يسود في الفكر القانوني الفرنسي ، لا يعتبر حبة ، إنما وفاء لالتزام طبيعي ( نقض  
باريس ١١ مارس ١٩٠٨ Sirey ١٩٠٨ - ١ - ١٧٠ ) . وانظر في هذا الاتجاه Mazcaud ،  
دروس القانون المدني ج ٢ نية ٢٨٠ .

(٣) راجع نقض ٢٩/١١/١٩٧٩ ، مجموعة النقض س ٣٠ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ : وقد  
سبقت الإشارة إليه ، و رأينا أن الصواب في واقعات الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم هو تأسيس  
البطلان على عدم مشروعية الملل باعتبار الحبة واردة على ترك مستقبلية أعمالاً للمادة ٣١/٣  
( راجع ما سبق ص ٤١٨ هامش ١ ) .

وأيدوه هو وباركه ، لجأ إلى فكرة قوامها ازدواجية السبب : بمعنى أنه لا يوجد في مجال العقد سبب واحد يعتد فيه بالفرض المباشر الأول وبالباعث الدافع في آن معا ، وإنما يوجد هناك سببان ، سبب للعقد وسبب للالتزام . وحددوا : سبب الالتزام بالفرض المباشر الأول . وهو الذي عنه التقليديون بقولهم « السبب القسدي » *cause finale* والذي اعتدوا به وحده . في حين أنهم يرون في سبب العقد الباعث المستحث الذي يدفع العاقد إلى ارتضائه . وهو الأمر الذي لم يكن التقليديون يدخلونه في اعتبارهم عند تحديد سبب الالتزام لقيام العقد . اعتباراً بأنه مجرد باعث دافع *impulsive* . ولقد راجت تلك الفكرة رواجاً كبيراً . سواء في فرنسا <sup>(١)</sup> أم في مصر <sup>(٢)</sup> .

وأياً ما كان من أمر رواج فكرة ازدواجية السبب في الفقه المعاصر . فلننتزها غير مقبولة . لأن من شأنها أن تؤدي إلى تجزئة إرادة العاقد وهو يرتضى التعاقد . في حين أنها لا يمكن أن تكون إلا واحدة . فالمتعاقد . حيناً يرتضى العقد الذي يبرمه . لا تكون له إلا إرادة واحدة . وهي إرادة تقوم . في نفس الوقت . على إبرام العقد . وعلى تحمله بالالتزامات التي من شأن هذا العقد أن يرتبها في ذمته . وما دامت الإرادة واحدة : فلا يكون لها إلا سبب واحد . وإن أمكن لهذا السبب أن تتعدد منه العناصر .

ولإذا كانت الغاية من ابتداء فكرة « سبب العقد » ، باعتبارها متغايرة مع فكرة « سبب الالتزام » هي الاعتداد بالباعث الشخصي الدافع إلى التعاقد ، إلى جانب الفرض المباشر الأول ، فإن أسلم طريق إلى ذلك هو القول بأن السبب هو الفرض المباشر الأول مضافاً إليه الباعث المستحث الدافع إلى التعاقد . وهكذا فالفكرة السليمة لا تقوم على ازدواجية السبب . ولكنها تقوم على ازدواجية العناصر التي يتكون منها السبب .

(١) راجع على الأخص من الفقهاء الفرنسيين القائلين بازدواجية السبب : *Mazeaud* ، *Marty et Raynaud* ، المرجع السابق نبذة ١٨٥ وما بعدها .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٣١ - أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ٢٠٨ - حشمت أبو ستيت نبذة ٢٣٣ .

## ٢١٢ - « السبب » في القانون المصري :

أثر القانون المدني المصري . شأنه في ذلك شأن الأغلب من قوانين بلادنا العربية الأخرى <sup>(١)</sup> . أن يأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد . إلى جانب الرضاء والمحل . وهو . إذ يفعل . يساير النزعة اللاتينية التي يترجمها قانون نابليون ( المادة ١١٣١ إلى ١١٣٣ ) ، وتسير في فلكها قوانين أخرى عديدة <sup>(٢)</sup> . فقانوننا . شأنه في ذلك شأن غيره من كثرة قوانين بلادنا العربية الأخرى وغيرها من بلاد الدنيا قاطبة ، يتطلب ، لذات قيام العقد . أن يكون للالتزام سبب . وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

والقانون المدني المصري ، إذ يجعل من السبب . في وجوده ومشروعيته . أمراً لازماً لا يقوم العقد بغيره . يستهدف ، تحقيق العدالة في العقود . من وجه ، وإضفاء الشرعية والفضيلة على العقود من وجه آخر . وهو إذ يخطو في ذلك حذو الأغلبية الكبرى من قوانين البلاد المتحضرة عامة . والبلاد العربية منها خاصة . يتجاوب تماماً مع هدف الشريعة الإسلامية الغراء المتمثل في منع العقود من أن تتخذ وسيلة لخالفه صالِح المجتمع وتنكب طريق الفضيلة والخلق الجميل <sup>(٣)</sup> .

واعتراف قانوننا بالسبب كركن لازم لقيام العقد . جنباً إلى جنب مع الرضاء والمحل . جاء منه في المادة ١٣٦ ، التي تنص بأن : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلاً » .

---

(١) انظر : المادة ١٣٧ من القانون المدني السوري ، والمادة ١٣٦ من القانون المدني الياباني ، والمادة ١٣٢ من القانون المدني العراقي ، والمادة ١٦٥ من القانون الأردني . والفصل ٦٢ من مونة الالتزامات والعقود المغربية ، والمادة ١٧٦ من القانون المدني الكويتي . وانظر المواد من ١٩٤ إلى ٢٠٠ من القانون اللبناني .

(٢) من القوانين الأجنبية التي تأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد . القانون الإيطالي ( المواد ١١١٩ إلى ١١٢٢ ) - القانون الأسباني ( المواد ١٢٧٤ إلى ١٢٧٧ ) - القانون الهولندي ( المواد ١٢٧١ إلى ١٢٧٣ ) - قانون كيك ( المادتان ٩٨٩ و ٩٩٠ ) - مشروع انقانون الفرنسي الإيطالي ( المواد ٢٧ إلى ٢٩ ) .

(٣) راجع في فكرة السبب في الفقه الإسلامي ما سيجيء . نبة ٢١٩ .

وهكذا فالسبب . في ظل القانون المصرى . ركن لازم لقيام العقد (١) .  
يتحتم تواجده فيه . كما يلزم أن يكون مشروعاً . فإن لم يتواجد السبب في  
العقد . أو تواجد ولكنه جاء غير مشروع . تخلف عن العقد أحد أركانه .  
فلا يقوم . وبعبارة أخرى يقع باطلاً . وسوف نعود إلى ذلك بعد قليل .

### ٢١٣ - مضمون السبب في القانون المصرى :

إذا كان قانوننا المصرى يأخذ بالسبب كأساس للعقد . بل للتصرف  
القانونى بوجه عام . فما معناه عنده ؟ هل هو ينحاز . في تحديد هذا المعنى  
إلى النظرية التقليدية . فيقف عند الغرض المباشر الأول . أى السبب القصدى ،  
أم أنه ينحاز إلى النظرية الحديثة . فيعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد . طالما كان  
المتعاقد الآخر يعلم أو كان في استطاعته أن يعلم به ؟

لا يوجد في صلب التقنين ما يقطع في الأمر بقول فصل . فقد اكتفى  
المشرع بالقول بوجوب توافر السبب . وبأن يكون هذا السبب مشروعاً .  
دون أن يحدد المقصود منه . ومع ذلك . فلا يمكن أن يثور شك في أن مشرعنا  
أراد أن ينحاز . في تحديده لمضمون السبب . إلى النظرية الحديثة . معتدّاً في ذلك  
بالباعث الدافع إلى التعاقد . وغير واقف عند مجرد الغرض المباشر الأول .  
والأعمال التحضيرية قاطعة في هذا الأمر (٢) .

---

(١) ثمة آراء متباينة في الفقه حول دور السبب . فالبعض يراه ركناً في العقد ، والبعض  
الأخر يراه ركناً في الالتزام الذى يولده العقد . والبعض الثالث يراه ركناً في الإرادة التى تقيم  
العقد . والجدل في ذلك غير متنج . إذ أن عدم وجود السبب أو عدم مشروعته يؤدي على أية حال  
إلى بطلان العقد ، أيّاً ما كان الأمر الذى يلحق به . ثم إنه لو قيل بأن السبب يعتبر ركناً في  
الالتزام أو الإرادة . فإنه حتى في هذه الحالة ، يعتبر ركناً أيضاً في العقد ، وإن كان ذلك بطريق  
غير مباشر .

(٢) فقد جاء في المذكرة الإيضاحية ، في نظرتها العامة عن السبب ( مجموعة الأسماح .  
التحضيرية - ج ٢ ص ٢٢٥ ) ما يأتي : « يُنجز المشروع نهج التقنيات الجرمانية بشأن بطونه  
النسب ، بل اختار على التقييد من ذلك مذهب التقنيات اللاتينية وانتصر معها هذه التفسيرات .  
و الواقع أن السبب كما يصوره القضاءان الفرنسى والمصرى . بمعنى الباعث المستحث يدخل في طاق  
القانون الملقى عنصر نفسياً من عناصر الأخلاق يحده من نزعة المادية ، وهي بعد نزعة شدة  
ضيقاتها في بعض الأحيان . ثم جاء في المذكرة الإيضاحية ( مجموعة الأعمال التحضيرية - ج ٢ -

ولكن إذا كان قانوننا يعتد ، كما تفعل النظرية الحديثة ، بالباعث الدافع إن انعقاد ، فهل يرى فيه وحده سبب الالتزام ، ويهمل بالتالي كلية السبب في معناه التقليدي : أى بمعنى الغرض المباشر ، وبعبارة أخرى السبب القصوى ؟

قد يفهم ذلك من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . حيث جاء فيها أن السبب هو الباعث المستحث<sup>(١)</sup> . وقد قال أيضاً بهذا رأى أستاذنا الكبير السهورى . الأمر الذى حدا به إلى أن يأخذ على قانوننا ما أورده في المادة ١٣٦ منه . والذى يدل على أنه من الممكن وجود التزام بلا سبب ، اعتباراً بأن إرادة المدين لا بد أن تكون مدفوعة بباعث : وإلا كانت غير واعية : وما أهم بها القانون<sup>(٢)</sup> .

ولا يمكننا التسليم بهذا رأى . فهو يقوم في رأينا على فهم غير دقيق للنظرية الحديثة في السبب . فهذه النظرية . وإن اعتدت بالباعث الدافع . فهي تعتد به إلى جانب الغرض المباشر . أى السبب القصوى<sup>(٣)</sup> : ثم إن هذه النظرية لا تعتد بالباعث الدافع . إلا إذا كان معلوماً من الطرف الآخر على النحو الذى حددناه ، فما الحكم إذا لم يتوافر هذا العلم ؟ هل نقول هنا إن العقد يقوم برغم عدم توافر السبب . أى أنه يصبح تصرفاً مجرداً ؟ وفضلاً عما سبق فنحن نأخذ بالرأى الذى نعارضه يتجافى مع المنطق ؟ إذ كيف نعتد بالباعث الدافع . وهو غرض تال وغير مباشر استهدفه المتعاقد ، ونهمل في الوقت نفسه الغرض المباشر الأول الذى قصده هذا المتعاقد بادىء ذى بدء ؟ بل إن

---

(١ - ص ٢٢٧) . تعليقاً على المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدى ، اللتين أصبحتا بعد دمجهما المادة ١٣٦ من القانون ، ما يأتى : « يقصد بالسبب معناه الحديث ، كما يتمله القضاء المصرى والفرنسى في العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة . لا فرق في ذلك بين التبرعات والمواضعات » .

(٢) انظر الهامش السابق .

(٣) راجع السهورى . الوسيط ج ١ ، نيفذة ٢٨٩ و ٢٩٤ .

(٤) وقد عبرت عن ذلك خير تعبير محكمة الزقاويق الابتدائية في حكمها الصادر في ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ (الهامش ص ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢) ، حيث جاء فيه أن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث ، إذا كان المتعاقد الآخر يعلم به ، في مرتبة واحدة مع السبب المباشر .



الأخذ بهذا الرأي يؤدي إلى نتائج شاذة . فلو أن شخصاً . مثلاً . تعهد لآخر بأن يدفع له مبلغاً من النقود . على اعتبار أنه سوف يأخذه منه على سبيل قرض ينقذه في بناء مسجد . دون أن يأخذ منه هذا المبلغ بالفعل ، في مثل هذه الحالة . لو أننا قصرنا السبب على الباعث الدافع وحده . لوجدنا التزام المتعهد سليماً . اعتباراً بأن الباعث الدافع إلى قيامه هو بناء المسجد . وهو غرض مشروع ، وتعين بالتالي وجوب قيام المتعهد بدفع مبلغ القرض برغم أنه لم يتسلمه . وتلك نتيجة تتجاف مع القانون في أبسط مظاهره . في حين أننا نواعدها أيضاً . ونحن نحدد مضمون السبب . بالفرض المباشر الأول . إلى جانب الباعث الدافع ، أوصلنا إلى أن سبب التزام المتعهد بدفع المبلغ هو تسلمه إياه لبناء المسجد . ونصل بذلك إلى بطلان هذا التعهد ، لعدم تحقق العنصر الأساسي في السبب . ألا وهو واقعة تسلم المبلغ . وأخيراً فإن الرأي الذي نعارضه يصطدم بنص المادة ١٣٦ . فهذه المادة تقضى بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ... كان العقد باطلاً » . فهي بذلك تفرض حالات لا يوجد فيها سبب . وهذا الافتراض لا يتمشى مع اعتبار السبب هو الباعث الدافع وحده . إذ أنه لا يمكن تصور إرادة ترفض إلزام صاحبها . دون أن تكون مدفوعة في ذلك بباعث : ما لم تكن تلك الإرادة غير واعية ، الأمر الذي يؤدي بالقانون إلى إهدارها .

يظهر مما سبق أنه ، وإن سلمنا بوجوب الاعتداد . تحت ظل قانوننا المصري ، بالباعث الدافع . إلا أنه لا يمكننا أن نرى فيه وحده مضمون السبب الذي يعتبر ركناً في العقد ، وإنما يلزم أن يجمعه هذا الباعث الدافع كعنصر ثانٍ ينضاف إلى الفرض المباشر الأول ، ليكوناً معاً مضمون السبب .

والفقه المصري في أغلبه يسر على أنه لا ينبغي الوقوف عند الباعث الدافع وحده . وإنما يلزم أيضاً الاعتداد بالفرض المباشر الأول . وهو إذ يفعل ذلك يتجاوب مع الفقه الفرنسي . وقد أدى به هذا النظر إلى أن يجمع أو يكاد على

معارضة رأى أستاذنا الكبير السهوري<sup>(١)</sup> ، الذى رأى . على غير حق ،  
قبح مضمون السبب على الباعث الدافع وحده .

والفقه المصرى شأنه فى ذلك شأن الفقه الفرنسى تماماً ، لجأ فى سبيل  
الاعتدال بكل من الغرض المباشر الأول والباعث الدافع إلى فكرة ازدواجية  
السبب . بمقولة إنه يوجد . فى مجال العقد سببان ، وليس سبب واحد فحسب .  
سبب الالتزام وىرونه متمثلاً فى الغرض المباشر . وسبب العقد وىرونه متمثلاً  
فى الباعث الدافع . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذه الفكرة ، وأبدينا عدم موافقتنا  
عليها ، تأسيساً على أن القول بازدواجية السبب من شأنه أن يؤدي إلى تجزئة  
إرادة المتعاقد . حالة كونها واحدة . وخلصنا إلى القول بوحدة السبب فى العقد .  
وبما تعددت عناصره ، بحيث يشمل الغرض المباشر الأول . وإلى جانبه  
ومضاف إليه الباعث الدافع إلى التعاقد . إذا كان المتعاقد الآخر قد علم به أو كان  
ينبغي عليه أن يعلم به<sup>(٢)</sup> .

خلاصة كل ما سبق أن الباعث الدافع ليس هو وحده الذى يكون السبب .  
بل إنه ليس من أهم أن يدخل أصلاً فى تكوينه . إذ أن ذلك مشروط بأن  
يكون ملحوظاً فى العقد . بمعنى أن يكون العاقد الآخر قد علم به . أو كان  
ينبغي عليه أن يعلم به . فالركيزة الأساسية للسبب تتمثل دوماً فى الغرض المباشر  
الأول الذى يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء ارتضائه العقد . وبالتالي من  
ارتضائه التحمل بالالتزامات التى من شأن العقد أن يربتها فى ذمته . وإلى  
جنب هذا الغرض المباشر الأول . وزيادة عليه - وليس بديلاً عنه - يحى  
الباعث الدافع إلى التعاقد لينضاف إليه ، إذا كان ملحوظاً فى العقد على نحو

(١) انظر : حشمت أبو سقيت - ارجع السابق نبذة ٢٣٨ - عبد المنعم الصده ، المرجع  
تصانير نبذة ٤٣٤ و ٣٣٥ - أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ٢١٢ . وقارن : سليمان  
مؤمر . نظرية العقد نبذة ١٦٤ . وقد رأى التزميل أن السبب فى قانوننا هو الغرض المباشر ،  
أن السبب المقصود بانفس التصديقى . مع استثناء الحالات التى يوجد فيها باحث رئيسى غير مشروع .  
وهذا لا يكون معنواً من الطرف الآخر ، حيث ينهض هذا الباحث سبباً للالتزام . وهذا  
رأى ليسوا غير مقنع . إذ كيف يختلف معنى السبب باختلاف الحالات ، فيكون تارة هو  
تأويل الباعث ، وأخرى هو الباعث الدافع !

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢١١ .

١٠. بيناه . أما إذا لم يكن الباعث الدافع ملحوظاً في العقد ، تحدد السبب بالفرض المباشر وحده .

وهكذا في ظل قانوننا المصرى ، يتحدد السبب دائماً وفي كل الأحوال بالفرض المباشر الأول . ثم ينضاف إليه الباعث الدافع إلى التعاقد ، إذا كان ملحوظاً في العقد . بأن كان العاقد الآخر ، عند التعاقد ، يعلمه أو كان ينبغي عليه حينئذ أن يعلمه ، فإن لم يكن العاقد الآخر على علم بالباعث الذى دفع غريمه إلى التعاقد . ولم يكن ينبغي عليه أن يعلمه . لو أنه كان متسماً بفتنة الرجل العادى وبذل حرصه . اقتصر السبب على الفرض المباشر الأول وحده . فنحن . في تحديدنا السبب . لانقف عند الفرض المباشر الأول عنى نحو ما تقول به النظرية التقليدية . إلا إذا كان الباعث الدافع غير ملحوظ في العقد . فإن كان هذا الأخير ملحوظاً في العقد ، توجب الاعتداد به عنصراً في السبب ، ينضاف إلى الفرض المباشر الأول : لكى يكون السبب ، في جملة . هو انعروض المباشر الأول والباعث الدافع في آن معا . فإذا اشترى شخص : مثلاً ، داراً لسكنائها أو لاتخاذها وكرراً للعاهرة : وكان البائع عالماً بالباعث الذى دفع المشتري إلى إبرام البيع ، تمثل سبب التزام هذا الأخير في رغبته في الحصول على المبيع ( وهو الفرض المباشر الأول ) ، مضافاً إليه الباعث الذى دفعه إلى إبرام العقد ( السكنى أو اتخاذ الدار محلاً للعاهرة ) . وبهذه المثابة يكون سبب التزام المشتري ، في مثالنا ، ليس هو حصوله على الدار فحسب ، ولكن حصوله على الدار وسكنائها : أو حصوله على الدار واتخاذها محلاً للعاهرة . أما إذا كان البائع في مثالنا ، لا يعلم بالباعث الذى دفع المشتري إلى الشراء ، تمثل سبب التزام هذا الأخير في الفرض المباشر الأول وحده . أى أنه يتحدد هنا بمجرد الحصول على المبيع .

وعلة التفرقة : من حيث العلم . بين الفرض المباشر وبين الباعث الدافع هى أن الأول أمر موضوعى مستمد من طبيعة العقد ذاتها ، فهو من ثم أمر لا يستطيع المتعاقد الآخر ، ولا أى شخص غيره ، الادعاء بجهله . أما الباعث الدافع ، فهو أمر شخصى يتعلق بصاحبه ، ويتغير بتغير الأحوال ، ومن الممكن أن يجهله المتعاقد الآخر ، دون أن يؤخذ عليه هذا الجهل . فإن جهله هذا

المتعاقد الآخر . من غير أن يؤخذ عليه جهله إياه . توجب عدم التضحية به . ومن ثم لزم إبعاد الباعث عن مضمون السبب . حتى لا يقع العقد باطلا إضراراً به . وفي ذلك استقرار للمعاملات وإحاطة إياها بالثقة والأمان ، حينما تقتضيها ظروف الحال .

والذي يتطلبه القانون للاعتداد بالباعث الدافع . إلى جانب الغرض المباشر الأول ، هو مجرد علم التعاقد الآخر ، أو حتى إمكان علمه به . فليس يلزم بعده أن يشارك التعاقد الآخر صاحب الباعث في تنفيذه أو حتى الرغبة فيه <sup>(١)</sup> . فبالنسبة إلى من يشتري أو يستأجر ، مثلاً . داراً لمباشرة العهارة فيها ، يكفي للاعتداد بهذا الباعث التكر في تكوين السبب - إلى جانب الغرض المباشر الأول المتمثل في الحصول على الدار أو منفعتها - بأن يكون البائع أو المؤجر جالماً به ، أو حتى بإمكان علمه به ، دونما لزوم بعد ذلك لأن يشارك المشتري أو المستأجر تدنسه به .

وتطلب العلم من المتعاقد الآخر بالباعث الدافع ، للاعتداد به في تكوين السبب . يسرى ليس فقط على المعاوضات ، وإنما أيضاً على التبرعات ، وإن وجد في الفكر القانوني الفرنسي ، اتجاه لقصره على المعاوضات وحدها <sup>(٢)</sup> . وهو اتجاه لم يسد في القضاء في فرنسا ، ويبدو أن محكمة النقض

---

(١) وقد اختلف الفكر القانوني الفرنسي حول ما إذا كان يكفي ، للاعتداد بالباعث الدافع في تكوين السبب ، بمجرد العلم به من المتعاقد الآخر ، أم أنه تلزم مساهمة هذا الأخير فيه . وقد قضت بعض الأحكام بالرأي الأول ( راجع على الخصوص : نقض حرائق ١٩٤٧/٨/٤ ، ١٩٤٧ Gaz. Pel. - باريس ١٩٤٧/٥/١٢ ، دالوز ٣٨٠-٤٧ - باريس ١٩٤٩/٥/١٢ ، ١٩٤٩ Gaz. Pel. ٤٨/٢/١٩٤٩ ) ، في حين قضت أحكام أخرى بالرأي الثاني ( انظر جرنوبل ١٩٤٥/١٢/٥ ، سيري ١٩٤٦/٢/٢٢ - Rouen ١٩٥٠/٦/٢٧ ، سيري ٤٣/٢/٥١ . وقرب من هذا الرأي : نقض فرنسي مدني ١٩٥٦/١٢/٤ J.C.P. ١٩٥٧ - ٢ - ١١٠٨ وتعليق J. Mazeaud . راجع في هذا الموضوع على الأخص : Marty et Raynaud المرجع السابق ، ثلثة ١٩٦١ .

(٢) وحل أية حال ، فليس لمبدل حول هذا الأمر كبير أهمية من الناحية العملية . إذ أنه يتندر ، في واقع حياتنا ، أن يكون المتبرع له بعيداً عن الباحث الذي يدفع المتبرع إلى أن يتبرع له ، والوصف الذي يتم به ، خيراً كان أم شراً ، جليلاً كان أم نكراً .

المصرية بدورها لا تسايره <sup>(١)</sup>.

٢١٤ - وإذا أردنا أن نطبق ماقلناه ، في خصوص تحديد مضمون السبب على العقود الملزمة للجانبين وعلى عقود التبرع باعتبارها أهم أنواع العقود ، لتبين لنا ما يأتي :

**أولاً : في العقود الملزمة للجانبين :** يتحدد سبب التزام كل متعاقد بالتزام المتعاقد الآخر : على أن يضاف إليه الباعث الشخصي الذي دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد . وبالتالي إلى ارتضاء التحمل بالالتزام . إذا كان هذا الباعث متصلاً بالمتعاقد الآخر ، وإلا فهو يتحدد بالتزام المتعاقد الآخر وحده . وعلى ذلك ، فإن اشترى أو استأجر شخص ، مثلاً ، داراً مباشرة . لهارة أو للعب القمار فيها : وكان البائع أو المؤجر يعلم بقيق قصده ، فإن سبب التزامه بدفع الثمن أو الأجرة يتمثل في حصوله على الدار أو منفعتها ( وهذا هو مضمون التزامات البائع أو المؤجر على حسب الأحوال ) ومباشرة الهارة أو لعب القمار فيها . الأمر الذي من شأنه أن يذمغ العقد بالبطان . أما إذا لم يكن البائع أو المؤجر يعلم بقيق قصد المشتري أو المستأجر . وما كان بمسطيع أن يعلمه : لو أنه بذل من الحرص ما تقتضيه ظروف الحال من الرجل العادي : فإن سبب التزامه يتحدد فقط بالحصول على الدار أو على منفعتها ، الأمر الذي يبعد عن عقده البطان .

**ثانياً : عقود التبرع :** يتحدد سبب التزام المتبرع ، الواهب مثلاً ، دوماً بالغرض المباشر الأول وهو اسداء الجميل للمتبرع ، وينضاف إليه الباعث الذي دفعه إلى اسداء الجميل : إذا كان متصلاً بالمتبرع له . وعلى هذا حسب التزام التحليل في هبته تحليلته : التي يعقدها بقصد حملها على بدء

---

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١١/٢٩ ، ملن ١٩٦٦/١٢٦/١٢٦ مجموعة النقض ص ٣٤٣ ص ١٠٣ ر.ق. ٣٥٨ ، وقد سقت الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم ببطان هبة تأسيساً على عدم مشروعية السبب . وقد جاء فيه أن « السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ من القانون المدني يجب أن يكون معلوماً للمعامل الآخر . فإذا لم يكن علم به ، أو نفي في استطاعته أن يعلمه ، فلا يمتد بعدم المشروعية » .

المعاشرة الآثمة أو الاستمرار فيها أو التشجيع عليها ، يتمثل في رغبته في إسداء الجميل لها وتحقيق تلك المعاشرة ، الأمر الذي يصل بالهبة إلى البطلان . ويلاحظ هنا أنه يتعذر على الخليفة أن يحتاج بعدم علمها بالباعث الذي دفع الرجل إلى التبرع لها . إذ أن طبيعة الظروف تجعل هذا العلم واجباً عليها . فليس من الحتم ، لاعتبار الباعث الدافع متصلاً بالمتعاقد الآخر ، أن يكون هذا عالماً به حقيقة ، وإنما يكفي أن يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل الرجل العادي يعلم به ، حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر نفسه في خصوصية الحال المعروضة . فالمعيار هنا هو معيار موضوعي مجرد . أساسه الرجل العادي ، وليس معياراً ذاتياً قوامه المتعاقد نفسه . ولكن إذا أمكن في عقد من عقود التبرع ، أن يظل الطرف الآخر بعيداً عن الغرض القبيح الذي يدفع المتبرع إلى التبرع ، فإن هذا التبرع يكون صحيحاً . ومثال ذلك أن يكفل شخص خليلته في دين عليها بقصد قبيح ، دون علم الدائن بأنها خليلته (١) .

#### ٢١٥ - وجود السبب :

حددنا فيما سبق المقصود بالسبب أي مضمونه ، وتبيننا أنه الغرض الذي يسعى المدين إليه من ارتضائه التحمل بالالتزام ، دون وقوف عند الغرض المباشر الأول ، بل مع الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد ، إن كان الطرف الآخر يعلمه ، أو كان في مقدوره أن يعلمه لو أنه بذل عناية الرجل المعتاد وحرصه ؟

والسبب بهذا المعنى لا بد أن يكون موجوداً ، وإلا كان العقد باطلا . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٦ بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، ... كان العقد باطلا » . ومثال السبب غير الموجود . التزام المشتري بدفع ثمن منزل تهدم من قبل ، والتزام شخص بدفع قرض اعتباراً بأن سيقتلمه ، إذا أثبت أنه لم يدفع له في الحقيقة . والتزام الورثة بدفع مبلغ من النقود إلى شخص . اعتباراً بأن مورثهم أوصى له به ، إذا ثبت أن الموصى قد رجع في هذه الوصية ، أو أنها قد جاءت باطلا .

(١) انظر حكم Nancy الفرنسية ١٢ نوفمبر ١٩٠٤ ، دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ١٥٨ .

ويلاحظ أن عدم وجود السبب قد يأتي نتيجة وقوع العاقد في غلط . كما هي الحال في مثال الوارث الذي يتعهد لشخص بدفع مبلغ من المال . اعتقاداً منه عن خطأ بأن مورثه قد أوصى له به . وهذه هي الحالة التي يطلق عليها التقليديون : « الغلط في السبب » . وفي مثل هذه الحالة ، يقع التصرف باطلاً ، لا إعمالاً للغلط ، فذلك لا يؤدي إلا إلى وقوع العقد قابلاً للإبطال . وإنما تأسيساً على انتفاء ركن من أركان العقد ، وهو السبب .

وفي مجال وجود السبب . تبرز أهمية الغرض المباشر الأول . باعتباره الركيزة الأساسية الدائمة في تكوين السبب .

وإذا قلنا إن السبب لا بد أن يكون موجوداً وإلا وقع العقد باطلاً . فلننا نعى بذلك بالضرورة أن يكون السبب موجوداً عند إبرام العقد ، وأنه إذا كان موجوداً آنذا ، فلا يتأثر العقد في ذات قيامه بزواله بعد ذلك . فإذا وهب شخص ماله لآخر ، مثلاً ، قاصداً إسداء الجميل له ، ومدفوعاً في ذلك بدافع نبيل ، وقامت الهبة بالتالي صحيحة لارتكازها ، عند إبرامها ، على سبب موجود وصحيح ومشروع : فلنأ لا تبطل بمجرد أن الواهب غير نيته بعد ذلك ، بمقولة إن سبب الهبة قد زال بعد وجوده . فينظر ، كما تقول محكمة النقض <sup>(١)</sup> ، في توافر السبب أو عدم توافره إلى وقت انعقاد العقد .

(١) أنظر : نقض ٢٤ أكتوبر ١٩٦٣ طعن ٢٨/٣٠٢ مجموعة النقض س ١٤ ص ٩٦٧ رقم ١٣٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن « الخطية وإن كانت تمهيداً للزواج ، وهو من مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أن الهدايا التي يقدمها أحد الخطابين للآخر - ومنها الشيكات - إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل ، لأنها ليست ركناً من أركان الزواج . ولا شرطاً من شروطه ... ومن ثم يكون الزواج بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بمقدار الزواج ... ويخرج عن نطاق الأحوال الشخصية . وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ، ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام في القانون المدني » . وجاء في الحكم أيضاً أن « السبب ركن من أركان العقد ، فينظر في توافره وعدم توافره إلى وقت انعقاد العقد ، فإن انعقد صحيحاً بتوافر سببه ، فإنه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده . فإذا كانت الخطية هي السبب في هذا النوع من الهبات ( الشيكات ) ، فذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع ، فإن فسحها لا يمكن أن يؤدي إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق » . وأنظر في نفس الاتجاه ونقض ١٩/ألفاظ تقريباً : نقض ١٩٧٤/٥/٢٩ طعن ٣٩/٦٢ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٤٨ رقم ١٥٦ .

وقد طبقت محكمة النقض هذا المبدأ على هدايا الخطبة من شبكة ونحوها قائلا باستمرار صحتها ، حتى لو قدر للخطبة أن تفسخ . وقد أسست المحكمة العليا قضاءها على أن الهدايا التي يقدمها الخاطب لخطوبته إبان فترة الخطبة . لكونها غير متعلقة بانعقاد الزواج أو بصحته . لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، وإنما هي مجرد هبات عادية تخضع لأحكام القانون المدني . وأنه إذا كان ذلك ، وتوافر عند تقديم هدايا الخطبة ، بما فيها الشبكة ، ركن السبب . الذي يدخل في مضمونه اعتبارات الخطبة . فإن الهبة بها لا تبطل بعد ذلك تأسيساً على زوال السبب نتيجة فسخ الخطبة<sup>(١)</sup> ، وإن أمكن بطبيعة الحال الرجوع فيها إذا كان للرجوع مسوغ وفقاً للقانون .

#### ٢١٦ - مشروعية السبب :

رأيًا . فيما سبق - ضرورة وجود السبب عند إبرام العقد . وإلا وقع باطلا . ووجود السبب . وإن كان لازماً لقيام العقد ، إلا أنه لا يكفي بذاته . فليس أى سبب يصلح دعامة للعقد . وإنما يلزم أن يتوافر فيه شرط جوهري ، وهو أن يكون مشروعاً (المادة ١٣٦) . فإن قام رضا المتعاقد على سبب غير مشروع بطل العقد . والسبب يعتبر غير مشروع ، إذا جاء مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب . وقد سبق لنا أن عرضنا ، عند الكلام في محل الالتزام :

« .. ويلاحظ أنه إذا كانت هدايا الخطبة ومنها الشبكة لا تبطل ، باعتبارها هبات ، بفسخ الخطبة ، إلا أنه يمكن الرجوع فيها وفقاً لأحكام الرجوع في الهبة المنصوص عليها في المادة ٥٠٠ . وما يبعدها من القانون المدني . ومؤدى تلك الأحكام أن الرجوع لا يكون ، عند عدم قبول الموهوب له إياه ، إلا إذا رخص به القاضي ، وكان يستند إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من موافقة المنصوص عليها في المادة ٥٠٢ .

كما أنه يلاحظ أن المشروع القمهيلى تضمن نصاً (المادة ٦٧٠) يقضى برد هدايا الخطبة إذا قدر لها أن تفسخ . وقد جاء تبييراً لحكم هذا النص في المذكرة الإيضاحية للمشروع ، أنه يمكن تخيله بأن سبب الهبة قد زال بفسخ الخطبة . ولم تأخذ محكمة النقض بهذا التعليل ، كما سبق لنا أن بينا (يراجع حكم النقض الصادر في ٢٤ أكتوبر ١٩٦٣ السابقة الإشارة إليه) . وهي في ذلك على صواب لما بينته هي وما ذكرناه نحن في المتن من أن المبرة في تقدير وجود السبب أو عدم وجوده هي بوقت انعقاد العقد لا بعد ذلك . وقد حذف نص المادة ٦٧٠ من المشروع القمهيلى . فلم يأت في القانون . . . . .



للمقصود ههذين الاصطلاحين . ونجتزئ هنا بالإحالة على ماقلناه في هذا الصدد (١).

وفي مجال استلزامنا المشروعية في السبب ، تظهر أهمية الباعث الدافع للتعاقد ، باعتباره عنصراً يدخل في تكوينه . ففي أغلب الحالات التي يعتبر فيها السبب غير مشروع ، يرجع عدم مشروعيته إلى مخالفة الباعث المستحث الدافع للنظام العام أو لحسن الآداب .

والقضاء حافل بالأمثلة على بطلان العقود . لعدم مشروعية السبب . وقد سبق لنا أن سردنا الكثير منها عند عرض النظرية الحديثة . ونضيف إلى ماقلناه في هذا الصدد : التزام شخص بدفع مبلغ من النقود إلى آخر نظير ارتكابه جريمة أو عدم ارتكابها ، أو كحلوان لرد شخص مخطوف أو شيء مسروق . والتزام شخص بدفع مبلغ من النقود لموظف على سبيل الرشوة .

#### ٢١٧ - إثبات السبب :

مؤدى القواعد العامة أن يقع عبء إثبات السبب ، في وجوده وفي مشروعيته ، على الدائن . فهو الذى يدهى وجود الدين . فعليه ، كأصل عام أن يثبت قيام مصدره ، وهو هنا العقد . وإثبات العقد يتضمن إقامة الدليل على توافر كل أركانه ، ومن بينها السبب .

ولكن القانون يجيء ، فيما يتعلق بإثبات السبب ، وجوداً ومشروعياً ، في عون الدائن ، فهو يفترض وجود هذين الأمرين ، عندما يحل العقد من ذكر السبب ، ويفترض حقيقة السبب المذكور في العقد ، إن تضمن له ذكراً . وتعرض لكل من هاتين الحالتين بشيء من التفصيل :

(أ) فإذا لم يذكر في العقد سبب للالتزام ، كما إذا اقتصر القول فيه على أن المدين يتعهد بدفع مبلغ من النقود للدائن ، دون إيضاح لعلة هذا التعهد ، افترض القانون أن للالتزام هنا سبباً ، وأن هذا السبب مشروع ،

---

(١) راجع ما سبق ، نبرة ٢٠٢ .

إلى أن يثبت المدعين عكس ذلك . وفي ذلك تنقضى المادة ١٣٧ / ١ بأنه :  
 « ١ - كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً .  
 ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك » . فعدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يبطله .  
 لأن القانون لا يشترط ذكره فيه . بل لأنه عندما يحل العقد من ذكر سبب  
 الالتزام ، تقوم قرينة قانونية على أن للالتزام سبباً وأن هذا السبب مشروع (١) .  
 وبهذا يرتفع عبء الإثبات عن الدائن . بيد أن هذه القرينة بسيطة . فيجوز  
 للمدين دحضها . بإثبات أن الالتزام لا يقوم أصلاً على سبب . أو أنه يقوم  
 على سبب غير مشروع . فله : مثلاً ، أن يقيم الدليل على أن التزامه بدفع  
 مبلغ النقود لا يقوم أصلاً على سبب ، لأنه تعهد بدفعه اعتباراً بأن الدائن  
 سيقرضه إياه . وأن هذا الأمر لم يحصل ، أو أنه تعهد بدفعه اعتداداً بوصية  
 اعتقد صدورها من مورثه . ثم تبين رجوع هذا فيها أو بطلانها . وله أيضاً  
 أن يقيم الدليل على عدم مشروعية السبب . كما إذا أثبت أن المبلغ الذي  
 التزم بدفعه كان على سبيل الرشوة أو في مقابل ارتكاب جريمة . أو حمل  
 امرأة على معاشرتة غير شرعية أو لاستمرارها فيها .

وللمدين أن يثبت هنا عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته (٢) بكافة  
 الأدلة ، بما فيها البينة والقرائن . وذلك حتى لو زاد الدين على عشرين جنباً .  
 إذ أن الدليل يقوم هنا على خلاف افتراض قانوني : فهو لا يقوم على إثبات  
 أمر وارد في محرر مكتوب : ثم هو يقوم من ناحية أخرى . على وقائع  
 مادية : لا يتقيد الإثبات بشأها .

(١) انظر : . نقض ١٧/٤/١٩٦٩ طعن ٢٥/٢٠٧ مجموعة النقض ص ٢٠ من ٢٧٧  
 رقم ١٠٢ . وقد جاء في هذا الحكم أن المادة ١٣٦ مدني « وإن كانت توجب أن يكون للالتزام  
 سبب مشروع ، إلا أنها لا تشترط ذكر هذا السبب في العقد . بل أن المادة ١٣٧ تنص على أن  
 كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقيم الدليل على غير ذلك .  
 وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يؤدي إلى بطلانه » .

(٢) وإذا استند المدين ، في سبيل إقامة الدليل على عدم مشروعية السبب ، إلى اليأس  
 الدافع ، باعتباره يدخل عنصر في تكوين السبب ، وجب عليه أن يثبت ، فضلاً عن عدم  
 مشروعية هذا الباعث ، اتصاله بالدائن : بمعنى أن يكون هذا حالاً به أو كان في استطاعته  
 أن يعلم به .

(ب) وإذا ذكر في العقد سبب للالتزام ، افترض القانون أن هذا السبب هو الحقيقي . حتى يقوم الدليل على العكس . فإذا ذكر : مثلاً . في العقد أن المدين قد تسلم من الدائن مبلغاً من النقود على سبيل القرض . اعتبر التزامه برد ذلك المبلغ قائماً على هذا السبب حقيقة . حتى يقام الدليل على كذبه . وهكذا فالقريئة القانونية هنا بسيطة ، كذلك التي تقوم في الحالة الأولى . وإثبات عكس هذه القرينة يصل بنا إلى إقامة الدليل على صورية السبب المذكور في العقد . وهنا يتحتم على من يهجم الأمر . دائماً كان أم مديناً . أن يقيم الدليل على السبب الحقيقي وعلى مشروعية هذا السبب أو عدم مشروعيته . على حسب الأحوال . وفي ذلك تنقضى المادة ١٣٧ / ٢ بأنه : « ٢ - ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » .

ويقع عبء إثبات صورية السبب على من يدعيها (١) . والأصل أن البينة والقرائن لا تكفي لإثبات صورية السبب المذكور في العقد . عندما يجيء هذا الذكر في محرر . وذلك حتى لو كان قيمة الدين عشرين جنياً أو أقل . إذ أن القاعدة هي أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة بشهادة الشهود (المادة ٦١ من قانون الإثبات) . ولكن إذا كانت صورية السبب تدللية . أى قصد بها التحايل مخالفة نص أمر في القانون أو مخالفة النظام العام أو حسن الآداب . ساء إقامة الدليل عليها بكافة طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن (٢) . ومثال هذا النوع من الصورية أن يقتصر شخص مائة

---

(١) انظر : نقض ١٢٧/١٢/١٩٦٧ ، مجموعة النقض س ١٣ من ١٢١٤ رقم ١٩١ . وقد جاء في هذا الحكم أنه إذا ادعى المدين صورية السبب الوارد بالعقد ، كان عليه عبء إثباتها ، فإن أثبتها . وقع عبء إثبات أن العقد سبباً مشروعاً آخر على الدائن المتحسب به . وانظر نقض ١٩٧٠/٤/٢٨ من ٣٦/١٠١ ق مجموعة النقض س ٢١ من ٧١٤ رقم ١٦٠ . وانظر كذلك نقض ١٢٧/١٢/١٩٦٣ من ٢٦/٨٦ ق مجموعة النقض س ١٣ من ٢٤١٤ رقم ١٩١ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٦/٦/٨ من ٤١/٦٨١ ق مجموعة النقض س ٢٧ من ١٢٩١٠ رقم ٢٤٦ . وقد جاء في هذا الحكم أن المدين أن يثبت عدم مشروعية السبب بكافة طرق الإثبات .

جنيه لمدة سنة بفائدة ربوية فاحشة يبلغ سعرها ٢٠ ٪ . ثم يذكر في العقد أنه تسلم على سبيل القرض مائة وعشرين جنيهاً .

#### ٢١٨ - التصرف المهرود :

تبيننا فيما سبق أن السبب ركن في العقد ، بل وفي التصرف القانوني بوجه عام . وهذه هي القاعدة في قانوننا المصري وفي القانون الفرنسي وفي غيره من التشريعات الأجنبية لأخرى ذات التزعة اللاتينية . ويطلق على التصرف ، حيث يلزم فيه السبب ، عبارة « التصرف المسبب » .

ويختلف الأمر في القانون الألماني . ومن قبله في القانون الروماني . حيث إن الأصل فيها أنه لا يلزم أن يستند الالتزام إلى سبب ، بمعنى أن العقد أو التصرف عموماً يقوم صحيحاً ، بغض النظر عما إذا كان قد استند إلى سبب أو لا ، وعما إذا كان هذا السبب مشروعاً أو غير مشروع . ويطلق على التصرف هنا عبارة « التصرف المهرود *acte abstrait* » ، أى التصرف المهرود عن سببه .

وإذا كان قانوننا المصري لا يأخذ ، كقاعدة عامة ، بنظام التصرف المهرود ، إلا أنه يعمل في نطاق ضيق جد محدود ، وفي حالات نادرة مذكورة فيه على سبيل الحصر . ومن هذه الحالات التزام المناب بدفع الدين للمناب لديه<sup>(١)</sup> (المادة ٣٦١) . وقد أراد بعض الفقهاء أن يتوسعوا بعض الشيء في نظام التصرف المهرود في قانوننا ، فجعلوا التزام الكفيل من زمرته . ولا يوجد في رأينا أى سند قانوني لهذا النظر<sup>(٢)</sup> .

#### ٢١٩ - فكرة السبب في الفقه الإسلامي :

لم يصل فقهاء المسلمين إلى تأصيل السبب على نحو يرتفع به إلى مرتبة الركن اللازم لانعقاد العقد . ومع ذلك فهو ليس غريباً عنهم . فكثير منهم تكلموا عنه تحت اصطلاح النية أو القصد في العقود والتصرفات . ونجد في

(١) راجع مؤلفنا . دروس أحكام الالتزام ، نيلة ٢٩٣ .

(٢) انظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والهيئة ، نيلة ٣٢ .

هذا المجال الشاطبي (المواقفات ٢ / ٣٢٣) يقول : « إن المقاصد معتبرة في التصرفات من العبادات والمعاملات » . ويقول ابن القيم : « إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله ... وقد تضافرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصد في العقد معتبرة ، وأنها تؤثر في صحة العقد وفساده وفي حله وحرمة ... » .

وقد اتفق فقهاء المسلمين على أنه يلزم لصحة العقد أن يكون قصد المتعاقد من إبرامه مشروعاً ، إذا ذكر هذا القصد صراحة في صيغة العقد . أو أمكن الاستدلال عليه ضمناً من ظروف التعاقد ، لاسيما من طبيعة عمل العقد . أما إذا لم يذكر القصد الباعث على التعاقد في العقد صراحة . ولم يمكن الاستدلال عليه ضمناً من الظروف . فإننا نجد فقهاء المسلمين يختلفون . ففريق منهم لا يعتد . في هذه الحالة . بالقصد . ويقولون بصحة العقد . حتى لو كان هذا القصد غير مشروع . وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية . ووفقاً لهذا الرأي . لو أن رجلاً باع لآخر عصير عنب . من غير أن يذكر في العقد . لاصراحة ولا ضمناً . أن المشتري يقصد من هذا العصير خراً . فإن البيع يقع صحيحاً . وفريق آخر من الفقهاء يعتد بالقصد . ويرتب على عدم مشروعيته بطلان العقد . حتى لو لم يذكر في العقد . بشرط أن يكون معلوماً من المتعاقد الآخر أو كان في استطاعته أن يعلم به من ظروف التعاقد . وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة الجعفرية . وقد جاء في المغنى لابن قدامة ( ٤ / ٢٨٣ ) : « وبيع العصير ممن يتخذه خراً باطل . وجملة ذلك أن يبيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خراً حرام ... لقول الله تعالى : ( ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ) . وهذا التمسك يقتضي التحريم ... » . ويستطرد ابن قدامة فيقول ببطلان إجارة الشخص أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزني بها ، كما يقول ببطلان بيع السلاح لقطاع الطرق أو لأهل الفتنة وبيع وإجارة الأمة للغناء ، وإجارة الدار لبيع الخمر .

ومن هذا العرض المبسط لأقوال بعض فقهاء المسلمين - وغيرها كثير - يبين أن فقهاء المسلمين عرفوا السبب وتطلبوا مشروعيته ، وإلا وقع العقد

باطلا . وإن لم يصلوا . كدأهم إلى مرحلة التأصيل والتركيز إلى الحد الذي يجعل من السبب ركناً لازماً لقيام العقد ، على نحو ما يقول به الفكر القانوني المعاصر . بل إن فقهاء المسلمين نظروا إلى فكرة السبب نظرة تنسج بالسعة والشمول . إلى حد أنهم اعتنوا فيه بالباعث الدافع إلى التعاقد ، على نحو ما تقول به النظرية الحديثة في السبب . وعلى نحو ما قال به الكنسيون في القرون الوسطى . ولا يغرو في ذلك فقهاء المسلمين يستملون أفكارهم من تعاليم الإسلام التي تقوم على الفضيلة في أعلى مراتبها وعلى الأخلاق الحميدة في أعمى درجاتها (١) .

---

(١) انظر في فكرة السبب في الفقه الإسلامي : عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٤ ص ٥١ وما بعدها - صبحي عصباني ، النظرية العامة للعقوبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٨٩ وما بعدها - شكرى قرداحي ، القانون والأخلاق ج ٢ ص ٢٨٥ .

## الفصل الرابع

### بطلان العقد

٢٢٠ - رأينا ، فيما سبق ، أن للعقد ، بوجه عام ، ثلاثة أركان ، هي الرضاء والمحل والسبب . وإلى جانبها ، يوجد في نوع خاص واستثنائي ينتظم العقود الشكلية ، ركن رابع ، وهو الشكل . ورأينا أيضاً أن الركن الأصيل في العقد ، ونعني به الرضاء . لا يكفي فيه مجرد قيامه ، بل يلزم أن تتوافر فيه صحته ، التي تتطلب بدورها أن يصدر الرضاء من شخص توافرت فيه الأهلية ، وأن يكون غير مشوب بعيب من العيوب التي تفسده ، وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونريد أن نتبين هنا الجزء الذي يقرره القانون على عدم مراعاة ما تفرضه أحكامه بشأن تكوين العقد . بالنسبة إلى أركانه وإلى صحة الرضاء . وهذا الجزء هو البطلان .

والبطلان nullité نظام قانوني مؤداه اعتبار العقد ، أو التصرف القانوني بوجه عام ، غير قائم وأنه لم يقم أبداً ، وذلك بسبب اختلال تكوينه . فالتصرف الباطل يعتبر أنه لم يقم ، نتيجة عدم توافر أحد أركانه أو اختلال هذا الركن اختلالاً أدى إلى انهياره . وهكذا فالبطلان يؤدي إلى إعدام التصرف . وهو يؤدي إلى إعدامه بأثر رجعي يستند إلى تاريخ إبرامه . فالعقد الباطل يعتبر أنه لم يقم أبداً . فهو قد ولد ميتاً ، أو هو بالأحرى لم يولد أصلاً .

### ٢٢١ - العقد الباطل والعقد المنعوم :

جرى بعض الفقهاء التقليديين على القول بوجود التفرقة بين العقد الباطل nul والعقد المنعوم inéxistant . فالعقد الباطل ، في رأيهم ، هو ذلك الذي تتوافر فيه أركانه ، ولكن أحد هذه الأركان يقع مختلاً ، لتخلف شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لقيامه ، كما إذا كان المحل أو السبب

غير مشروع . فهنا يكون للعقد وجود مادي ، ولكنه يبطل لاعتبار قانوني ..  
أما العقد المنعدم ، فهو ذاك الذي لا يستحوز على ذات أركانه ، بمعنى أن  
أحد هذه الأركان لا يوجد أصلاً . كما إذا أمسك شخص بيد آخر وجعلها  
توقع عقداً ، وانتفى بذلك الرضاء أصلاً ، فهنا العقد لا يقوم ، دون أن يكون  
له حتى مظهر الوجود . فهو منعدم ، ليس من الناحية القانونية فحسب ، بل  
من الناحية المادية كذلك .

ويسير جمهور الفقهاء على عدم جدوى التفرقة بين العقد الباطل والعقد  
المنعدم . وأساس هذا الرأي أن العقد الباطل ، كالعقد المنعدم تماماً ، لا ينتج  
أى أثر . فكلاهما عدم . والعدم واحد ، لا تفاوت فيه <sup>(١)</sup> . والقضاء بدوره  
يسير على هذا الرأي <sup>(٢)</sup> .

#### ٢٢٢ - التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ :

كثيراً ما يقع الخلط بين بطلان العقد وبين عدم نفاذه ، أو عدم سريانه ،  
في حق شخص من الأشخاص ، والأمران مختلفان تماماً . فالبطلان يمس العقد  
في ذات وجوده ، وبجذبه علماً . أما عدم النفاذ أو عدم السريان *inopposabilité* ،  
فمعناه أن العقد لا ينتج أثراً ما في مواجهة شخص أو أشخاص معينين ،  
حتى لو كان هو في ذاته صحيحاً ، وبمعنى أدق بالرغم من أنه صحيح . فقد يكون  
العقد صحيحاً في ذاته ، وينتج بالتالي آثاره بين عاقديه ، ولكنه لا يسرى في  
في حق الغير ، أى أنه لا ينفذ في مواجهتهم . بل إن هذا الحكم هو الذي  
تميله القواعد العامة في نسبية آثار العقود ، ومؤداها أن العقود لا تنفع ولا تضر  
غير عاقديهما (المادة ١٤٥ مدني) . فإذا أجر شخص ، مثلاً ، داراً  
يملكها غيره ، فالإيجار ، برغم وقوعه على ملك الغير ، صحيح ، في العلاقة  
بين عاقديه ، وهو ينتج بالتالي آثاره بينهما ، ولكنه لا ينفذ في مواجهة المالك  
الحقيقي ، ما لم يقره ، بمعنى أنه ، إن لم يقره ، اعتبر بالنسبة إليه ، كأن لم  
يوجد أصلاً <sup>(٣)</sup> .

(١) راجع : السبوري ، المرجع السابق نبرة ٣٠٠ .

(٢) أنظر : نقض ١٩٧٣/٤/٢١ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ رقم ١١٥ ..

(٣) راجع مؤلفنا عقد الإيجار ١ نبرة ٥٩ و ٦٠ .



وإذا أبرم النائب ، باسم الأصيل ، عقد تجاوز به حدود نيابته . فإن هذا العقد يقع غير نافذ في حق الأصيل ، ما لم يقره ، لاعتباره معقوداً من غير ذى صفة (١) ، وذلك بغض النظر عن حكم العقد في ذاته من الصحة أو البطلان بين الطرفين اللذين أبرماه .

#### ٢٢٣ - التفرقة بين البطلان والفسخ :

ويجب في النهاية عدم الخلط بين البطلان والفسخ . صحيح أن هذين النظامين يقران في أثرهما ، حيث إنه يترتب على كل منهما ، كقاعدة عامة ، زوال العقد بأثر رجعي يستند إلى وقت إبرامه . ولكنهما مع ذلك يختلفان اختلافاً جلياً .

فالبطلان جزاء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون في تكوينه . ومؤداه أن العقد ينهار من أساسه : تبعاً لانهيار ركن من أركانه . فالعقد هنا يعتبر أنه لم يقم أصلاً .

أما الفسخ ، فهو جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته . وهو بهذه المثابة ، يفترض أن العقد قد قام صحيحاً . حتى أنه يمكنه أن يولد الالتزامات على طرفيه ، تلك الالتزامات التي لم يتنقذ بعضها . فإن لم يتنقذ أحد الطرفين ما يفرضه عليه العقد من التزامات . كان لامتناعه أقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . فإذا ما أُجيب إلى طلبه ، انحل العقد واعتبر نتيجة انقضاءه هذا ، أنه لم يوجد أصلاً .

#### ٢٢٤ - أنواع البطلان :

إذا ما نظرنا إلى البطلان ، بالنسبة إلى ذات ماهيته ، أي من حيث هو ، وجدناه واحداً لا يتنوع . فمؤداه ، كما بينا ، انعدام العقد . والعدم في ذاته لا يتغاير . ولكننا إذا نظرنا إلى البطلان ، من حيث الوقت الذي يلحق فيه العقد ، وجدناه يتشكل نوعين . فهناك بطلان يلحق العقد منذ نشأته ، فهو يجعل العقد يولد ميتاً ، أو بالأحرى هو يحول أصلاً دون ميلاده . وهناك بطلان لا يلحق العقد إلا بعد فترة من الزمن ، طالت أم قصرت . وهو إن

(١) راجع ما سبق ، تبعة ١١٣ .

لحقه ، فلا يكون ذلك على سبيل الحتم ، وإنما لإعمال رخصة يميزها القانون. لأحد المتعاقدين ، إن أراد الإفادة منها . وقد جرى الفقه التقليدى ، فى القانون المعاصر ، على أن ينبت النوع الأول من البطلان بعبارة « البطلان المطلق » . والنوع الثانى بعبارة « البطلان النسبى » ، اعتباراً بأن النوع الأول مقرر لكل. ذى مصلحة وأنه يلحق العقد حتماً ، وأن الثانى مقرر لمصالح العاقد الذى حدده القانون دون غيره ، وأنه لا يلحق العقد إلا إذا تمسك به من قرره القانون لمصلحته . والحقيقة أن تلك التسمية معيبة ، بالنسبة إلى نوعى البطلان على حد سواء . فعبارة « البطلان المطلق » تفيد أن هناك تفاوتاً فى درجات البطلان . فى حين أن البطلان ، كما قلنا ، عدم ، والعدم ليس له فى ذاته درجات يتفاوت بينها . ثم إن العقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره ، كما سيجىء تفصيلاً بعد قليل . كل ما هنالك هو أنه عقد مريض ، لأنه ينطوى على جرثومة فساد تصلح سبباً لإبطاله ، وقد يكون من شأن هذه الجرثومة أن تفتك به ، فتدمته أى تبطله ، وقد لا تمسه بأذى ، فتزول هى ، ويتدمر العقد بتطهيره منها . فليس دقيقاً أن يقال هنا إن العقد باطل ، ما لم يكن قد تقرر إبطاله بالفعل . أما قبل ذلك فهو عقد قائم ، وإن كان البطلان يتهدده . فهو عقد قائم حتى الآن ، ولكنه صالح أو قابل لأن يبطل فيما بعد ، وإلى أجل معلوم . من أجل ذلك ، أغفل القانون المذنب المصرى تسمية نوعى البطلان بالبطلان المطلق والبطلان النسبى ، مضمياً على النوع الأول اسم « البطلان » بلا نعت ولا تخصيص ، وعلى الثانى « القابلية للإبطال » . وهذه التسمية بشرطها تصل إلى أبعد مراتب التوفيق .

وتتناول هذين النوعين من البطلان . فتتكلم أولاً فى العقد القابل للإبطال ، ثم فى العقد الباطل ، وذلك فى مبحثين متتالين . ثم تتكلم ، فى مبحث ثالث ، فى أثر البطلان سواء ألحق العقد من الأصل أم جاء نتيجة الحكم بإطالة .. ونعقب فى مبحث رابع وأخير بدراسة نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى .

## المبحث الأول

### العقد القابل للإبطال

٢٢٥ - القعد القابل للإبطال ، أو العقد الباطل بطلانا نسبياً ، كما يطلق عليه في الاصطلاح التقليدى - الذى لازال سائداً في القانون الفرنسى إلى اليوم ، كما كان يسود أيضاً تحت ظل القانون المصرى القديم - هو عقد يولد ويقوم ، لتوافر كل أركانه ، ولكنه ينطوى على سبب يحمل جرثومة فساد تصلح لإعدامه . فإن أعمل فيه هذا السبب ، أجهز عليه ولحقه بالتالى البطلان ، وإلا بقى منتجاً لآثاره . إلى أن يجيء وقت يتطهر فيه من جرثومة الفساد التى كان ينطوى عليها ، وعندئذ يزول خطر البطلان الذى يهدده ، أى أنه يصير عقداً تام الصحة .

### ٢٢٦ - حالات القابلية للإبطال :

القابلية للإبطال ، كأصل عام ، هى جزاء لعدم صحة الرضاء ، وهو الركن الأصيل في العقد . فوجود الرضاء شرط للذات قيام العقد ، فإن تخلف لم يقم العقد أصلاً ، وبعبارة أخرى : وقع العقد باطلا . ولكن إذا وجد الرضاء ، ولكنه جاء غير صحيح أو غير سليم أو فاسد ، كما يقال في بعض الأحيان ، فإن ذلك لا يمنع من قيام العقد . كل ما هنالك أنه يقوم منطوياً على جرثومة الفساد التى تهدده بالإبطال . فهو يقوم ، بعبارة أخرى ، قابلاً للإبطال . وهكذا فالبطلان جزاء لانعدام الرضاء بالكلية . في حين أن القابلية للإبطال جزاء لمجرد عدم صحة الرضاء بعد وجوده .

وإذا كانت القابلية للإبطال هى جزاء عدم صحة الرضاء ، وتبين أن عدم صحة الرضاء يرجع إما لنقص الأهلية ، وإما لعب يشوب الرضاء ، وضع لنا أن العقد يقع أساساً قابلاً للإبطال في الحالتين الآتيتين :

( الأولى ) صدور الرضاء ممن يقرر القانون نقص الأهلية عنده ، بالنسبة إلى التصرف الذى أجراه . ومثال هذه الحالة أن يبيع صبي مميّز بيته أو أرضه ،

من غير أن يؤخذ في ذلك من وليه أو وصيه . أما إذا باع الصبي غير المميز ماله . فإن التصرف يقع باطلا ، لاعتبار الرضاء به غير موجود أصلا ، وذلك حتى إذا أذنه وليه أو وصيه .

( الثانية ) إذا شاب رضاء المتعاقد عيب يفسده . وعيوب الرضاء ، كما بيناه في حينه ، هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

وإلى جانب هاتين الحالتين الأساسيتين ، يقع العقد أيضاً قابلاً للإبطال في كل حالة أخرى ينص فيها القانون على اتسامة بهذا الوصف ، حتى لو كان من شأن القواعد العامة ألا تضيق عليه <sup>(١)</sup> . ولكن انقابلية للإبطال هنا تكون خاصة أنشأها النص <sup>(٢)</sup> ، ولا تعتبر من مقتضيات القواعد القانونية العامة .

#### ٢٢٧ - حكم العقد القابل للإبطال :

العقد القابل للإبطال هو عقد توافرت له كل أركانه . وبالتالي فهو ينعقد . بل هو ينعقد متجاً لكل آثاره . كل ما في الأمر أن خلافاً يصيب هنا أحد أركان العقد ، وهو ركن الرضاء . وهذا الخلل ليس من الجسامة بحيث يؤدي بذاته وبمجردة إلى انهيار العقد ، ولكنه يعطى المتعاقد ، الذي أضير من وجوده ، الرخصة في إهدار العقد . وهكذا فالعقد هنا يولد ، ولكنه

---

(١) وقد تضمنت المادة ١٩٥ من المشروع اتمهتلى تعداداً لهذه الحالات . فقد جاءت تقول : « يعتبر العقد قابلاً للإبطال في الأحوال الآتية : (أ) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية . (ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (ج) إذا ورد في القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للإبطال » . وقد حلفت هذه المادة ، اعتباراً بأن حكمها وارد في النصوص التي تضمنتها القانون . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٥ في الهامش .

(٢) ومن الحالات الخاصة التي ينص فيها القانون الملقى حل وقوع العقد قابلاً للإبطال بيع ملك النبر ( المادة ١/٤٦٦ ) ، والبيع بغير علم المشتري بالمبيع علماً كافياً ( المادة ٤١٩ ) ، حيث يقع العقد في الحالتين قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري . ومن الحالات التي نحن بصددتها أيضاً خمسة المال السائل إذا تمت بالراضى ولحق أحد المتعاقدين فيها فبن يزيد على الخمس ( المادة ٨٤٥ ) .

يكون قابلاً للإبطال<sup>(١)</sup> .

وقابلية العقد للإبطال لا تلحق العقد دوماً . فهي فترة مؤقتة تلازمه من نشوئه إلى وقت معين . يطول أو يقصر ، ولكنه ينتهي بالضرورة يوماً . وهذه الفترة تنقضي بأن يأخذ العقد مصيراً من إثنين : فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال ، فينهار ويبطل . وإما أن يتطهر من جرثومة الفساد التي ينطوى عليها . فيصبح صحيحاً نهائياً . وهكذا يمر العقد القابل للإبطال بمرحلتين متعاقبتين : مرحلة القابلية للإبطال ، ومرحلة تحديد المصير النهائي<sup>(٢)</sup> . وتتناول كلا من هاتين المرحلتين فيما يلي :

#### ٢٢٨ - ( أ ) مرحلة القابلية للإبطال :

مرحلة القابلية للإبطال هي المرحلة الأولى التي تتلو لإبرام العقد . وفي هذه المرحلة ، يكون العقد قائماً ، وينتج بالتالي كل آثاره ، شأنه في هذا شأن أي عقد تام الصحة<sup>(٣)</sup> . كل ما هنالك من خلاف بين العقد القابل للإبطال

(١) و(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن القابلية للإبطال التي أطلقت عليها الإسطلاح التعليلي ( البطلان النسبي ) ما يأتي : « أما البطلان النسبي ، فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه . ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء ، يفسد بسبب عيب بداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد الماقتدين . ولذلك يكون العقد قابلاً للبطلان ، بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاء العيب ، أو من لم تكتمل أهليته . ومن الجبل أن قابلية العقد للبطلان إنما تحلل العقد في مرحلتين متتابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج العقد فيها جميع آثاره . والثانية مرحلة البطلان ، ويعتبر العقد فيها باطلاً لا حكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث : الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان : الصحة والبطلان ( الأعمال التحضيرية للقانون المدني ج ٢ ص ٢٥٥ ) » .

ويلاحظ عل هذه العبارة من المذكرة الإيضاحية عدم الدقة في قولها إن مراحل القابلية للإبطال هي الصحة والبطلان . والسليم هو أن يقال ، كما سرنا عليه نحن في المتن ، إن مراحل القابلية للإبطال هي الصحة وتعهد مصير العقد من استمرار الصحة أو وقوع البطلان . لأن العقد القابل للإبطال لا يصير حياً إلى البطلان ، فهو قد يتخلص من جرثومة الفساد التي تمر به ، فيظهر من العيب الذي يشوبه ، وتستمر صحته مبرأة ما كان يترجها من تهديد بالزوال .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٦/٣/٣١ ، طعن رقم ١٩٧٤/٤٨ تجاري . وقد جاء في هذا الحكم أن العقد القابل للإبطال يكون شأنه ، قبل الحكم ببطلانه ، كشأن العقد الصحيح . فيعوفر له في هذه المرحلة وجود قانوني كامل ، وتنتج عنه كافة الآثار القانونية التي تترتب عليه ، لو نشأ صحيحاً منذ البداية .

والعقد تام الصحة هو أن الأول يتضمن خلافاً يصلح سبباً لإبطاله ، ويهدده به بالفعل . في حين أن الثاني برىء من كل عيب . فإذا باع ناقص الأهلية ، مثلاً ، ماله ، فإن البيع ، طالما أنه لم يبطل . يعتبر صحيحاً ومنتجاً لكل الآثار التي من شأنه أن ينتجها عادة . فالبايع ملتزم بالتسليم ونقل الملكية وبالفضان . وعليه أن يفي بهذه الالتزامات جميعاً للمشتري . ما لم يتمسك بإبطال العقد . والمشتري ملتزم بدفع الثمن . وإذا باع شخص ملك الغير ، ووقع البيع بالتالي قابلاً للإبطال بمقتضى نص المادة ١/٤٦٦ . وبخلاف القواعد العامة ، كان للبايع أن يطالب المشتري بدفع الثمن ، ما لم يتمسك هذا الأخير بإبطال العقد . حيث إن الإبطال مقدر لمصلحته . أما مشتري ملك الغير ، فله أن يطالب البايع بتنفيذ التزاماته الناتجة من البيع ، ويعتبر ذلك منه إجازة ضمنية لعقد البيع . يصبح بها صحيحاً نهائياً في العلاقة بين طرفيه <sup>(١)</sup> . وإذا ورد البيع على عاقل ، كان صالحاً للتسجيل .

#### ٢٢٩ - (ب) تحدد مصير العقد القابل للإبطال :

مرحلة القابلية للإبطال التي يمر بها العقد المتسم بها مؤقتة . فلا بد أن تنتهي يوماً . فيتحدد بانتهائها المصير النهائي للعقد . والعقد هنا يسير في أحد طريقين : فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال ، فينهار أى يبطل . وإما أن يتطهر من جرثومة الفساد ، وبالتالي تزول عنه القابلية للإبطال ، فيصير صحيحاً نهائياً . ونتناول كلا من هذين المصيرين بالتفصيل .

#### ٢٣٠ - أولاً : إبطال العقد :

العقد القابل للإبطال لا يصير باطلاً من تلقاء نفسه . فهو يأخذ هذا المصير بحكم القاضي . والقاضي لا يقضى بإبطال العقد ، إلا بناء على طلب المتعاقد الذي يقرر الإبطال لمصلحته . فلا يجوز له أن يقضى به بناء

---

(١) انظر : نفس ١٤/٢/١٩٩٣ ، طعن ٢٤٣/٢٨٨ مجموعة النقض س ١٤ من ٢٩٨ رقم ٤٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشتري ، وأنه ليس لغيره أن يتمسك بالإبطال ، فإن لم يفعل بقى العقد قائماً ، ويكون له أن يطلب البايع بتنفيذ إلتزاماته ، ويعد ذلك منه إجازة العقد .

على طلب شخص آخر غير ذلك الذي شرع الإبطال لمصلحته . حتى لو كان هذا الشخص هو المتعاقد الآخر<sup>(١)</sup> . وفي ذلك تقضى المادة ١٣٨ مدنى بأنه : « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » .

فالقانون ، حينما يقرر أن عقداً ما قابل للإبطال ، يفعل ذلك ، حماية

(١) وإذا دعت دعوى بإبطال العقد تأسيساً على سبب معين ، وقضى برفضها ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى إبطال أو بطلان جديدة ، تأسيساً على سبب آخر مختلف . ذلك لأن القضاء يرفض دعوى الإبطال أو البطلان المؤسّسة على سبب بعينه لا يتحقق القضاء بصحة العقد دائماً . ويختلف الوضع تماماً لو رفضت الدعوى بصحة العقد تمهيداً لإنفاذ مقتضاه ، كما هو الشأن ، مثلاً ، في دعوى صحة ونفاذ عقد بيع العقار التى ترفع من المشتري تمهيداً لإجراء تسجيل الحكم الصادر فيها . ففى مثل هذه الحالة الأخيرة ، لو قضى بصحة العقد ، فإنه يمنع بعد ذلك رفع دعوى جديدة بإبطاله أو بطلانه ، تأسيساً على أى سبب كان يمكن إبداءه في الدعوى التى قضى فيها بصحة العقد ، إذا تحملت الطرف الآخر بقوة الأمر المحقق . ذلك لأن القضاء بأن العقد صحيح يتضمن في ذاته رفض أى سبب من أسباب الإبطال أو البطلان كان يمكن لأى من طرفيه إبداءه خلال قيامها . انظر في هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٦/٤/٢١ طعن ٣٢/٢٨١ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٨٩٩ رقم ١٢٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، حتى إذا ما سجل الحكم الصادر فيها قام تسجيله مقام تسجيل العقد ذاته . « وهذا يقتضى أن يفصل القاضى في أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانهقاده وصحته ، ثم يفصل في أمر امتناع البائع من تنفيذ التزاماته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد . ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان ، إذ في هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة في بحث هذا السبب وحده ، فترفضه أو تقبله . وهي حين تنتهى إلى رفضه ، ينتشر قضاؤها على هذا الرفض ، ولا يمتدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد . ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان . أما في دعوى صحة ونفاذ العقد ، فالأمر مختلف . إذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان التى توجه إلى العقد ، بل أنها تجاوز ذلك إلى البحث في صحة العقد ، ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح وناقل . وإذا كانت هذه الدعوى ، كما سبق القول ، تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان التى توجه إلى التصرف ، فإنه إذا غابت الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان في استطاعتها إبداءه في تلك الدعوى ، ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب » .

لمصلحة خاصة . هي مصلحة العاقد الذى حصل الخلل فى العقد إضراراً به ، فلا يكون لغیر هذا العاقد أن يتمسك بالإبطال . بل ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . والعاقد الذى يقرر الإبطال لمصلحه ، ويكون له بالتأثر حق التمسك به ، هو ذاك الذى يجىء رضاه بالمدفد فاسداً ، نتيجة لنقص أهليته<sup>(١)</sup> ، أو لعیب شاب رضاه .

وإذا كان للعاقد الذى يقرر الإبطال لمصلحه أن يتمسك وحده به ، دون العاقد الآخر . ومن غیر أن يكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . فإنه يجوز له أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، ما لم يفسر سكوته على أنه يتضمن التزول عن حق الإبطال . وبعبارة أخرى ، على أنه ينطوى على إجازة ضمنية للعقد . ولكن لا يجوز التمسك بالإبطال لأول مرة أمام محكمة التقص .

وحق طلب إبطال العقد المقرر للمتعاقد ينتقل بعد موته إلى ورثته ، باعتبارهم خلفاء عاماً له . كما أن لدائنيه أن يباشروه باسمه ونيابة عنه ، إعمالاً للدعوى غیر المباشرة . ذلك لأن حق طلب إبطال العقد ، اعتباراً بأنه يستهدف التخلص من عقد سبق إبرامه ، يتمثل حقاً مالياً ، من غیر أن يكون متعلقاً بشخص صاحبه خاصة<sup>(٢)</sup> .

(١) ولناقص الأهلية أن يباشر طلب الإبطال حال نقص أهليته بواسطة من مثله قانوناً من أول أو وصى أو قيم . فإن زال النقص فى أهليته ، كما إذا كان قاصراً وبلغ رشده ، أو سفياً أو ذا غلة ورفع الحجر عنه ، جاز له أن يباشر طلب الإبطال بذات نفسه . وفى جميع الأحوال ينتقل حق طلب الإبطال من ناقص الأهلية بعد موته إلى ورثته ، وذلك مع عدم الإخلال بما يقضى به القانون من تصحيح العقد وزوال رخصة إبطاله بمضى الزمن ، على نحو ما تقضى به المادة ١٤٠ . انظر فى ذلك : نقض ١٩٥٨/٢/٢٧ طعن ٢٤/٤٢ ق ، مجموعة التقص س ٩ ص ١٦١ رقم ١٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « لناصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من مثله قانوناً . كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً يحمل محل سلفه فى كل ما له وما عليه ... وإذا كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً ، فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر ، بحيث يمنع حل الخلف العام مباشرته » .

(٢) انظر فى خصوص انتقال حق طلب الإبطال لتتلف العام : نقض ١٩٥٨/٢/٢٧

السابقة الإشارة إليه .



والقاعدة أنه إذا طلب الإبطال من القاضى ممن تقرر لمصلحته ، وتوافر له سببه ، وجب على القاضى أن يقضى به . وذلك ما لم ينص القانون على خلافه .

فليس للقاضى ، كأصل عام ، سلطة تقديرية فى إجابة المتعاقد إلى طلب الإبطال الذى يتحقق له سببه . أو فى منعه عنه . ويستثنى من هذا الأصل الحالات التى يقضى فيها القانون بخلافه . ومنها على الأخص ، العقد المنشأ بالاستغلال ، حيث يكون إبطاله أمراً جوازيّاً للقاضى ( المادة ١٢٩ / ١ ) . وفقاً لما سبق لنا بيانه فى حينه <sup>(١)</sup> .

#### ٢٣١ - ثانياً : تصحيح العقد القابل للإبطال :

المصير الثانى للعقد القابل للإبطال هو تصحيحه . فالعقد القابل للإبطال لا يصير حتماً إل زوال . فهو ، كما قلنا ، عقد قائم : كل ما فى الأمر أنه يحمل بين طياته جرثومة فساد قد تؤدي إلى انحلاله . وهذه الجرثومة قد تفتك به ، فتبطله ، وقد تزول هى ، فيظهر هو منها ، ويصير بذلك صحيحاً نهائياً ، بمعنى أنه يتخلص من خطر الإبطال الذى كان يهدده .

ويتصحح العقد القابل للإبطال بأحد أمرين : الإجازة والتقدم . وتتناول كلا من هذين الأمرين بشيء من التفصيل ، وذلك فيما يلى :

#### ٢٣٢ - الإجازة :

الإجازة confirmation هى التزول عن حق طلب الإبطال ممن يقرر لمصلحته . وهى لذلك تصحح العقد القابل للإبطال . فقد سبق لنا أن رأينا أن هذا العقد لا يبطل ، إلا بناء على طلب المتعاقد الذى يقرر القانون الإبطال لمصلحته . فإذا جاء هذا المتعاقد ونزل عن حقه فى طلب الإبطال . صار العقد صحيحاً نهائياً . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٩ بأنه : « ١ - يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية . ٢ - وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير » .

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٨٩ .

والإجازة (١) تصرف قانوني يصدر من جانب واحد : هو المتعاقد الذي يقرر القانون الإبطال لصالحه (٢) . فهي بذلك تقع صحيحة ، دون لزوم صدور الموافقة عليها من المتعاقد الآخر (٣) .

ويترتب على اعتبار الإجازة تصرفاً قانونياً وجوب أن تجيء صحيحة في ذاتها . ويلزم على الأخص ألا يشوبها العيب الذي كان يعترى العقد . وإلا وقعت قابلة للإبطال بدورها . فإذا وقع العقد قابلاً للإبطال لنقص الأهلية أو لعيب يشوب الرضاء ، ماساخ أن تصدر الإجازة من المتعاقد نفسه إلا بعد أن يكون قد بلغ رشده ، أو تحرر من العيب الذي كان يشوب رضاه

(١) ويجب التحرز في القانون المعاصر من الوقوع في الخلط الشائع بين الإجازة والإقرار . فالإجازة تصدر ، كما بينا ، من أحد طرفي العقد المقابل للإبطال ، وهو ذاك الذي يقرر الإبطال لصالحه ، وتنطوي حل الزول عن حق الإبطال ، الأمر الذي يؤدي إلى تصحيح العقد ، من طريق زوال الإبطال الذي كان يهدده . أما الإقرار ratification ، فهو تصرف يصدر من أجنبي عن العقد ، وبمقتضاه يرتضى ذلك الأجنبي إحمال هذا العقد في حق نفسه ، الأمر الذي يؤدي به إلى نفاذه في مواجهته . ومثال ذلك أن يبيع شخص ملك غيره ، فالبيع هنا لا ينفذ في مواجهة المالك الحقيقي ، حيث إنه لم يكن طرفاً فيه . فإن جاء هذا المالك وأقر البيع ، اعتبر أنه هو الذي أجراه وكان البائع ، ويصير بذلك طرفاً فيه من وقت نشأته ، وليس من وقت صدور الإقرار فحسب . أما في لغة فقهاء المسلمين ، فاصطلاح « الإجازة » يستعمل للدلالة على ما يقصد في لغة القانون المعاصر من اصطلاحى الإجازة والإقرار في آن معا .

(٢) ويصح بطبيعة الحال ، وإحتمالاً للقواعد العامة ، أن تجيء الإجازة من نائب المتعاقد الذي تقرر الإبطال لصالحه . فتجوز ، مثلاً ، أن تأتى الإجازة من ولى القاصر أو من وصيه ، بشرط مراعاة ما يقضى به القانون بصدها .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٦/٣/٣١ طعن رقم ٧٤/٤٨ تجارى ( وقد سبقَت الإشارة إلى هذا الحكم ) . وقد جاء في الحكم : « المقعد المقابل للإبطال يكون شأنه ، قبل الحكم بطلانه ، كشأن المتقصد الصحيح . فيتوفر له في هذه المرحلة ، وجود قانوني كامل ، وتنتج عنه كافة التصرفات القانونية ( الصحيح أن الذى ينتج العقد هو الآثار القانونية ) التى تترتب عليه ، لو نشأ صحيحاً منذ البداية - وإذا ما لحقت الإجازة ذلك المقعد ، طهرته من شائبة الإبطال المعلقة به ، وانقلب بذاته إلى عقد صحيح على وجه بات . ولا وجه للقول بضرورة إنشاء عقد جديد في هذه الصورة ، بما يتطلبه من إيجاب وقبول جديدين فيما بين الطرفين . ذلك أن الإجازة حل قانوني من جانب واحد ، هو الهيئ ، ولها أثر رجعي في الملاقاة بين الملقدين ، فبرته أثرها بصحة العقد المجاز إلى وقت نشوئه . ويلاحظ أن فكرة الأثر الرجعي للإجازة التى يقرها الحكم غير ذات موضوع ، وسوف نعرض لهذا الموضوع بعد قليل في المتن .

(راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدي ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٧) .

والإجازة قد تكون صريحة ، وقد تكون ضمنية . والإجازة الصريحة هي تلك التي تتضمن التصريح بالتزول عن حق طلب الإبطال ، دون ما ضرورة لحيء هذا التصريح في عبارة أو في أخرى .

أما الإجازة الضمنية ، فهي تلك التي يستدل عليها من ظروف الحال ، بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعاً في إفادته التزول عن حق التمسك بالإبطال . إذ أن التزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع في تفسيره ما يؤدي إليه . ومثال الإجازة الضمنية ، أن يلجأ المتعاقد الذي قرر القانون الإبطال لمصلحته إلى تنفيذ العقد أو إلى مطالبة التعاقد الآخر بتنفيذه من جانبه <sup>(١)</sup> ، وذلك مع علمه بالفساد الذي كان يعتريه ، وأن يلجأ المشتري ، بعد أن يتبين فساد البيع الذي أبرمه ، إلى إعادة بيع المال إلى ثالث أو إلى رهنه أو إلى إجراء أي تصرف آخر فيه ، قانونياً كان هذا التصرف أم مادياً <sup>(٢)</sup> . وقد قضى بأن الدفع من رجل بصورية بيع أبرمه لزوجته ، اعتباراً بأنه في حقيقته وصية ، يتمثل إجازة ضمنية لهذا العقد ، تمنحه من التمسك فيما بعد بإبطاله على أساس الاستغلال <sup>(٣)</sup> . كما قضى بأن توقيع القاصر ، بعد بلوغه سن الرشد ، كشاهد على عقود بيع أجراها المتقاسمون معه على أنصبتهم التي آلت إليهم بمقتضى القسمة التي أبرمها معهم في حالة قصره ، يعتبر منه إجازة ضمنية لتلك القسمة <sup>(٤)</sup> . وعلى النقيض مما سبق ، قضى بأن الدفع بالتزوير لا يمنع

---

(١) انظر : نقض ١٤/٣/١٩٦٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٢٩٨ رقم ٤٥ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن المشتري في بيع ملك الغير ( وهو عقد قابل للإبطال بمقتضى نص المادة ١/٤٦٦ ) أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ؛ فإن فعل ، اعتبر ذلك منه إجازة للعقد .

(٢) ومثال الصرف المائي البناء في الأرض المشتراة .

(٣) انظر نقض سبني ٢١/١٢/٧٦ مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٨٠١ رقم ٣٣١ .

(٤) نقض ٣/٥/١٩٦٢ ملين ٢٦/٤٤٩ ق مجموعة النقض س ١٣ ص ٥٩٥ رقم ٨٩ .

وقد جاء في هذا الحكم أن « إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية . ومن ثم فلا ترتيب على -

من التمسك بطلب لإبطال العقد تأسيساً على نقص الأهلية ، اعتباراً بأنه لا يمثل إجازة ضمنية<sup>(١)</sup> .

واستخلاص حصول إجازة العقد من علمه مسألة تدخل في رحاب الواقع ، ولقاضي الموضوع فيها القول الفصل ، من غير أن يخضع في تقديره لرقابة محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائفة من شأنها أن تحمله<sup>(٢)</sup> .

ويترتب على الإجازة ، صريحة كانت أم ضمنية ، تطهير العقد من العيب الذي كان يعتريه ، وزوال الإبطال الذي كان قبل يهدده بسبه<sup>(٣)</sup> .

---

= محكمة الموضوع إذا استخلصت - في حدود سلطتها الموضوعية استخلاصاً سائفاً من وقائع الدعوى - ومستنداتها - إجازة الطاعة لمقد القصة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاصمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التملك يرجع إلى عقد القصة المذكور ، وبالتالي لا تملو المجادلة في ذلك أن تكون جدلاً موضوعياً لا تقبل ثارته أمام محكمة النقض » .

(١) نقض ١٩٦٧/٢/١٥ طعن ٢٦٦/٣٤٨ بمجموعة النقض س ١٣ ص ٢٦٨ رقم ٤١ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « ليس في القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لمعيب في أهلية المتصرف بعد الإغفاق في الادعاء بتزوير المقد الحاصل به هذا التصرف ، لاختلاف نطاق ومرى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر في الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف ، دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، بينما أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذى أهلية يوجه إلى ذات المتصرف بإنكار أهلية المتصرف في إجراء التصرف . فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضي بطريق الزوم أن يكون هذا المتصرف أهلاً لإصدار التصرف . كما أن الطعن بتزوير المقد لا يتضمن في ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه في الطعن بعد ذلك في التصرف لمعيب في هذه الأهلية » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٧/٥/٣ ، مجموعة النقض س ١٣ ص ٥٩٥ رقم ٨٩ السابقة .  
الإفارة إليه .

(٣) ونحى عن البيان أن إجازة العقد المقابل للإبطال ، وإن كان من شأنها أن تدم محصه ، بإزالة الحق في طلب إبطاله ، إلا أنها لا ترفع عن أصل المعيب الذي انتابه حلم مشروعيته إن كان متصفاً بها ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الإكراه والتدليس ، ولا تحول بالتالي دون إمكان الرجوع على أساس المشورية التصديرية ، إذا توافرت مقوماتها ، وذلك ما لم يتضح غير من قصد العاقد الذي صدرت منه الإجازة .

يبد أنها لا تحدث هذا الأثر ، إلا بالنسبة إلى ذات العيب الذى انصبت عليه ،  
والذى استهدف بها تصحيح العقد منه . فإن قام العقد على أكثر من عيب ،  
وحصلت الإجازة بالنسبة إلى عيب معين دون غيره ، تصحح العقد منه .  
ولكنه يبقى مشوباً بالعيوب الأخرى ، وقابلاً للإبطال بسببها . ومثال هذه  
الحالة أن يشتري قاصر ساعة على أنها من الذهب الخالص ، حالة كونها من  
النحاس ، فهنا يقع العقد قابلاً للإبطال لسببين ، هما نقص الأهلية والغلط .  
فإن جاء المشتري ، بعد بلوغه رشده ، وأجاز العقد ، حالة كونه لازال  
واقفاً فى الغلط ، فإن العقد يتحرر من العيب الذى كان يشوبه نتيجة نقص  
الأهلية ، دون ذلك الذى يشوبه بسبب الغلط ، لأنه لا يمكن هنا القول بأن  
الإجازة انصبت على هذا العيب الآخر .

وإذا كان من شأن الإجازة أن تصحح العقد القابل للإبطال ، نتيجة  
تطهيره من العيب الذى كان يتضمنه ، فكثيراً ما يقال إنها تفعل ذلك بأثر  
رجعى ، يستند إلى تاريخ إبرام العقد ، وذلك دون إخلال بحقوق الغير . بل إن  
قانوننا المصرى (المادة ١٣٩ / ٢) قد قنن بالفعل هذه الفكرة . وهى من بعد  
فكرة عقيمة وغير ذات موضوع أصلاً . لأن العقد القابل للإبطال قبل  
إجازته صحيح ومنتج لآثاره ، ومن ثم فهو ليس فى حاجة إلى أن تترد الإجازة  
إلى ماضيه لتصحيحه ، فى وقت كان هو خلاله بالفعل صحيحاً<sup>(١)</sup> .

(١) ومن ناحية أخرى ، فالقول بأن أثر الإجازة يستند إلى تاريخ إبرام العقد ،  
« دون إخلال بحقوق الغير » ، هو قول مجرد عن المنى . فليس من المنصور ، لو أننا تمسكنا  
مع منطق القانون ، أن يخل الأثر الرجعى للإجازة فى ذاته بحقوق الغير . وقد لجأ بعض الفقهاء  
فى فرنسا وفى مصر إلى تصوير حالة يقع فيها هذا الإخلال . وهم فى هذا الصدد يقولون بأنه  
إذا باع ، مثلاً ، ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية ل بكر أو  
رهنها له ، ثم أجاز البيع الأول ، فإن هذه الإجازة لا تسرى فى حق بكر الذى تخلص له الملكية  
حينئذ ، أو تقتل الملكية لهذا الغير مقلدة بالرهن لصالح بكر ( انظر فى هذا المنى :  
السهرورى ، الوسيط ج ١ ، نبذة ٣١٨ . وانظر أيضاً رد منتوب الحكومة على الاعتراضات التى  
وجهت إلى النص ، مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٢٤٣ ) . وهذا القول لا يتسق مع  
مدلول نص المادة ١٣٩ / ٢ ، فهذا النص لا يقضى بأن الإجازة لا تسرى فى حق الغير ، وإنما  
هو يقول إن الذى لا ينفذ فى حق الغير هو استناد تلك الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد .

### ٢٣٤ - التقادم :

الأمر الثاني الذي يتصحح به العقد القابل للإبطال ، إلى جانب الإجازة ، هو التقادم ، أى مضي الزمن . ففوات الزمن يسقط الحق في إبطال العقد القابل للإبطال ، فيصير بذلك صحيحاً نهائياً . وفى ذلك تنقضى المادة ١٤٠ بأنه : « ١ - يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ - ويبدأ سريان هذه المدة ، فى حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب : وفى حالة الغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه ، من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

فالحق في طلب إبطال العقد القابل للإبطال لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد . فإذا انقضى هذا الأجل ، سقط ذلك الحق ، وتدعمت بذلك صحة العقد وتأيدت .

ومدة تقادم حق طلب الإبطال ، بالنسبة إلى نقص الأهلية : هى ثلاث سنوات ، تبدأ ، لا من تاريخ إبرام العقد ، ولكن من وقت زوال نقص الأهلية . أى من وقت بلوغ المتعاقد سن الرشد إن كان قاصراً ، أو من وقت رفع الحجب عنه إن كان سفياً أو ذا غفلة ، أو من وقت موته فى جميع الأحوال . ومدة تقادم حق طلب الإبطال فى حالة الغلط أو التدليس والإكراه

---

= ومع افتراض أن الإجازة ذاتها هى التى لا تسرى فى حق الغير ، فإن ذلك لا يؤدى بذاته وبمجرده إلى النتيجة التى يرتبها أنصار الرأى الذى تعارضه . فإذا أخذنا المثال السابق ، ومواده أن يبيع ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد ، يبيعها مرة ثانية أو يرهنها ل بكر ، ثم يبيع البيع الأول ، فى هذا المثال ، نجد أن البيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحاً متبجاً لأفاره ، حتى قبل إجازته . فهو بهذه المثابة قد أفلح فى نقل الملكية إلى زيد . فإذا جاء البائع بعد ذلك ، وتصرف فى الأرض ل بكر ، فإنه يتصرف له فى ملك الغير . فلا يستطيع أن ينقل إلى ملكية أو يرتب له حق الرهن ، لأنه فاقد الشيء لا يعطيه . فإذا أجاز البائع البيع الحاصل لزيد ، وقلنا إن هذه الإجازة لا تسرى فى حق بكر ، ما كان من شأن ذلك وبمجرده أن يخلص الحق ل بكر . إذ أن عدم الاعتماد بالإجازة بالنسبة إلى بكر معناه عدم وجودها فى حقه ، والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الإجازة ومن قبل صلورها .

هى ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو يرتفع فيه الإكراه ، أو خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمام العقد ، أى الفترتين أقصر ، وبعبارة أخرى ، أى الفترتين تنقضى أولاً . أما فى حالة الاستغلال ، فحق الإبطال يسقط بمضى سنة واحدة تبدأ من تاريخ إبرام العقد ( المادة ١٢٩/٢ ) ، كما سبق لنا أن بيناه فى حينه .

وسقوط حق طلب الإبطال بالتقادم ، يؤدى إلى تدعيم صحة العقد ، بزوال العيب الذى كان يتضمنه ، وخطر الإبطال الذى كان يهدده نتيجة لوجوده . وما دام العقد قد أصبح تام الصحة ، فلا يجوز لإبطاله بعد ذلك .  
لا عن طريق الدعوى ، ولا عن طريق الدفع .

### المبحث الثانى

#### العقد الباطل

٢٣٥ - يختلف العقد الباطل ، أو الباطل بطولاً مطلقاً ، كما يطلق عليه فى الاصطلاح التقليدى ، اختلافاً أساسياً عن العقد القابل للإبطال . أو الباطل بطولاً نسبياً . فالعقد الباطل لا يتمتع أصلاً . هو يولد ميتاً .

#### ٢٣٦ - حالات العقد الباطل :

يقع العقد باطلاً ، إذا تخلف ركن من أركانه ، أو اختل اختلالاً يؤدى إلى عدم الاعتماد به أصلاً<sup>(١)</sup> . وأركان العقد هى ، كما بينا ، الرضاء والمحل والسبب ، فضلاً عن الشكل فى العقود الشكلية . فإذا لم يتوافر الرضاء ، بأن كانت لإرادة أحد العاقدين صادرة عن غير وعى ، أو كانت صادرة عن وعى ، ولكنها لم تتطابق مع إرادة العاقد الآخر ، فإن العقد لا يقوم . ويبطل

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت بعد تعديلات لفظية المادة ١٤٢ من القانون ، ما يأتى : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تقييداً على ذلك أو كانتفاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وفى من البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، فى حكم الواقع أو حكم القانون ، يحول دون انعقاده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق ( مجموعة الأعمال التوضيحية ج ٢ ص ٢٥٥ ) .

العقد كذلك إذا لم يكن لأحد الالتزامات المتولدة عنه محل ، أو كان محله مستحيلا ، أو غير محدد ، أو غير مشروع . ويطل العقد أيضاً إذا تخلف فيه السبب ، أو اتمم بعلم المشروعية . وإذا كان العقد شكلياً كالرهن الرسمي أو عقد الشركة ، ولم يأت في الشكل الذى رسمه القانون لقيامه ، وقع باطلا .

تلك هى الحالات التى يقع فيها العقد باطلا ، وفقاً لما تقتضيه القواعد القانونية العامة . وقد يقع العقد باطلاً فى حالات أخرى متباينة ، إذا قضى القانون نفسه بذلك بمقتضى نص خاص ، كما هو الشأن فى بيع الوفاء (١) (المادة ٤٦٥) ، وكما هو الحال فى بيع أموال الدولة الخاصة بغير طريق المزاو عند لزومه (٢) ، وفى التصرف الذى من شأنه أن يؤدى إلى تجاوز الحد الأقصى للملكية (٣) .

#### ٢٣٧ - تقرير بطلان العقد :

رأينا أن العقد الباطل لا ينعقد أصلاً . ويترتب على ذلك أننا لا نكون فى حاجة إلى إيقاع بطلانه . فهذا البطلان حاصل من تلقاء نفسه . ولكن قد يحتاج الأمر إلى تقرير بطلان العقد ، إذا ما توزع فيه . وهنا يرفع الأمر إلى المحكمة .

وبخلاف الحال فى العقد القابل للإبطال ، يجوز التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذى مصلحة ، بل إن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وفى ذلك تقضى المادة ١/١٤١ بأنه : « ١ - إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزوال البطلان بالإجازة » .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/١٢/٦ طعن ٣٢٢/٢٠٤ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٧٧٠ رقم ٢٥٥ - نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ طعن ٣٤٤/٥٨ ق مجموعة النقض س ١٨ ص ٩٦٨ رقم ١٣٩ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ طعن ٣٢٢/٣٥ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٥٧٣ رقم ٢٢٠ .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٣ طعن ٤٢/٢٠٨ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٣٧٦ رقم ٨١ .



فلكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد الباطل : لأنه إذ يتمسك به ، لا يفعل أكثر من الحاجة بحقيقة ماثلة ، مؤداها انعدام العقد الذى يواجهه به (١) .

ويعتبر بالضرورة ذا مصلحة . ويسوغ له بالتالى التمسك ببطلان العقد ، كل من عاقديه ، حتى ذاك الذى لم يقم به سبب البطلان . فلو أن مجنوناً ، مثلاً ، باع ماله ، وقع البيع باطلاً : وثبت التمسك ببطلانه ، ليس للمجنون فحسب ، بل وللمشتري أيضاً (٢) . فبطلان العقد يعنى كلا من طرفيه من الالتزامات التى يولدها ، أو هو بالأحرى يؤدى إلى اعتبار أن هذه الالتزامات لم تنشأ أصلاً فى ذمته ، أو هو يقطع . فى الأقل ، صلته به إن لم يكن من شأنه أن يحمله بالتزام ما .

ويجوز أيضاً التمسك ببطلان العقد لغير طرفيه ، من يكون له مصلحة فى إهداره . ومثال ذلك أن يبيع شخص ، بعقد باطل ، عقاراً يملكه لآخر . حالة كونه مرهوناً لأحد دائنيه ؛ هنا يسوغ للمرتهن أن يتمسك ببطلان البيع ، وأن يتجاهل بذلك المشتري ، كلما كان له فى ذلك مصلحة .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، المقابلة للمادة ١٤٢ من القانون ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٦ ) . وقد جاء فيها : « ما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معلوماً - وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والمقد المعلوم - فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالمستأجر مثلاً فى حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلائعاً مطلقاً ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى ، فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد ، هر الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته . ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه » .

(٢) ويلاحظ أنه ، وإن كان منطبق القانون يقضى ، كما بينا فى المتن ، أنه يجوز لمن يضافه مع المجنون أن يتمسك ببطلان العقد ، اعتباراً بأن العقد هنا معلوم ، إلا أن القانون الفرنسى ، رغبة منه فى منع المتعاقدين مع المجنون من التخلص من الصفقة ، تأسيساً على أنه لم يكن فى حاجة إلى حماية القانون ، طالما أنه رشيد ، بات يقتصر التمسك بالإبطال هنا على المجنون وحده ، دون من يتعاقده معه (المادة ١/٤٨٩ مدونة بالقانون رقم ٦٨/٥ الصادر بتاريخ ٣ يناير ١٩٦٨) . وهذا أصبح عقد المجنون فى القانون الفرنسى قابلاً للإبطال لمصلحة المجنون ، وليس باطلاً ، ويستقط الحق فى طلب إبطاله بعض خمس سنوات ( المادة ١٣٠٤ فرنسى ) . وذلك مثال فذ من المشروع الفرنسى للضحية بمطلق القانون وأصول فته فى سبيل المصلحة .

ولا يقف الأمر عند ثبوت الحق في التمسك ببطلان العقد الباطل لكل  
ذى مصلحة، سواء أكان أحد المتعاقدين أو أجنبياً عن العقد، بل إنه يسوغ  
للمحكمة . بل تجب عليها ، أن تقضى بهذا البطلان ، ولو من تلقاء نفسها ،  
أى حتى ولو لم يطلبه منها أحد الخصوم . والسبب في ذلك أن بطلان العقد ،  
أى البطلان المطلق ، بخلاف القابلية للإبطال أو البطلان النسبي ، يتصل  
بالنظام العام .

وإذا رفعت دعوى ببطلان العقد تأسيساً على سبب معين . عدم مشروعية  
السبب مثلاً ، ثم رفضت الدعوى ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى بطلان  
أو لإبطال جديدة ضد نفس العقد ، إذا ما أسست على سبب آخر مختلف ،  
ولكن إذا رفعت دعوى بصحة العقد وقضى بقبولها ، فإنه يتمتع بعد ذلك  
الطعن في العقد تأسيساً على أى سبب كان يمكن ابدائه حال قيام تلك  
الدعوى (١) .

#### ٢٣٨ - الإجازة لتصحيح العقد الباطل :

العقد الباطل عدم ، كما بينا . وبالتالي فالإجازة لا تلحقه (٢) ، لأنها  
لا يمكنها أن تجعل من العدم شيئاً صحيحاً . وفي ذلك تقضى المادة ١٤١ في  
آخرها بأنه : « ... ولا يزول البطلان بالإجازة » (٣) .

(١) انظر : نفس ١٩٦٦/٤/٢١ السابقة الإشارة إليه . وراجع ما قلناه في خصوص  
دعوى لإبطال العقد ، ص ٤٧١ هامش (١) .

(٢) ومن قبيل إجازة العقد الباطل ، ومن ثم يقع باطلا بدوره فلا يمتد به ، أن ينزل  
المصالحه عن حقه في الطعن في العقد . فالنزول عن الطعن في العقد الباطل يفيد ضماناً الرضاء به ،  
أى إجازته . انظر : نفس ١٩٦٧/٤/٢٧ ، مجموعة النقض ص ١٨ من ٩١٨ .

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية من المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ١٤٢  
من القانون ( مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٢٥٧ ) . وقد جاء فيها : « وما دام البطلان  
المطلق يستتبع اعتبار العقد معلوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك  
حكم العقود القابلة للإبطال ، فهي تصحح بالإجازة ، ولو كانت ضمانية ، بشرط أن تتوافر  
شروط صحتها وقت الإجازة ( كبلوغ المصالحه القاصر سن الرشد وقت الإجازة ، مثلاً ) ، وأن  
تكون الإجازة ذاتها منزهة عن العيب . إذ ينبغي أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها ،  
باعتبارها تصرفاً قانونياً ... » .

بل إن الأمر لا يقف عند حد عدم إمكان أن تلحق الإجازة العقد الباطل<sup>(١)</sup> ، وإنما هذه الإجازة ، لو حصلت ، لوقعت بدورها باطلة . فمؤدى الإجازة ، كما سبق لنا أن بينا ، الزول عن حق التمسك بالبطان العام . وهكذا نصل إلى أن العقد الباطل يظل متسماً بهذا الوصف ، حتى لو أُجيز من قام به سبب البطان . بل إنه يجوز لهذا الشخص نفسه أن يتمسك بالبطان ، شأنه في هذا شأن أى شخص غيره تكون له مصلحة في إهدار العقد . فلو أن مجنوناً مثلاً ، أبرم عقداً ، وبعد زوال جنونه ورفع الحجر عنه . أجاز هذا العقد ، فإن تلك الإجازة لا تزيل عن العقد بطلانه ، الذى يبقى حق التمسك به ، حتى لمن صدرت منه الإجازة ، ولأى شخص آخر له مصلحة في إهدار العقد .

وإذا امتنعت إجازة العقد الباطل ، فإنه يسوغ بالضرورة إعادة إبرامه ، من جديد ، بعد أن يتلافى سبب البطان . على أن هذا الأمر يقتضى ، من جديد ، توافق إرادتي طرفي العقد كليهما . فلا تكفى إرادة أحدهما ، كما هى الحال في الإجازة . فإذا امتنع على من كان مجنوناً عند إبرام العقد أن يجيزه بعد رفع الحجر عنه ، فيسوغ له ، بعدئذ ، إعادة إبرامه ، إذا ما ارتضاه الطرف الآخر ، وبشرط أن يرتضيه . وهنا ينشأ عقد جديد منبث الصلة عن العقد القديم الباطل ، وذلك من تاريخ الاتفاق عليه .

#### ٢٣٩ — التنازل لا يصحح العقد الباطل :

العقد الباطل لا يتصحح بالتنازل ، مهما طال عليه الأمد . فهو عدم ، والعدم لا يصير شيئاً بغوات الزمن .

ولكن إذا كان البطان الذى يلحق العقد لا يزول عنه بمضى الزمن ، فإن دعوى البطان ذاتها تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . وفي

(١) انظر : نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ طعن ٣٤٤/٥٨ في مجموعة النقض س ١٨ ص ٩١٨ رقم ١٣٩ ، وقد جاء في هذا الحكم أن بيع الوفاء ، باعتباره باطلاً بطلاناً مطلقاً ، فإن الإجازة لا تلحقه . وإذا كان ذلك ، فإن التنازل عن الطعن في العقد لا يعتد به ، فهو بمثابة الإجازة .

ذلك تقضى المادة ١٤١/٢ بأنه : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

ولكن سقوط دعوى البطلان لا يعنى أن العقد أصبح صحيحاً . فهو لا زال باطلا . كل ما فى الأمر أن دعوى البطلان ذاتها تقع غير مقبولة ، إذا ما رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد . وهكذا نصيب هنا أمام عقد باطل . دون أن يكون من الممكن تقرير بطلانه عن طريق الدعوى .

وإذا كان من شأن سقوط دعوى البطلان بالتقادم أن يمتنع طلب بطلان العقد عن طريقها ، فإنه يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع ، مهما طال الزمن <sup>(١)</sup> و <sup>(٢)</sup> . فإذا وقع البيع . مثلا ، باطلا ، وانقضى على إبرامه

(١) يلاحظ أن بعض التفتينات ، كالتفتين الإيطالى ( المادة ١٣٠٢ ) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى ( المادة ٢٢٧ ) ، والمشروع الأول لتفكيح القانون المدنى الفرنسى ( المادة ٢٧ من مشروع النصوص المتعلقة ببطلان التصرفات القانونية - أعمال لجنة التفكيح لعام ١٩٤٧ ) قد حرصت على أن تنص على أن سقوط دعوى البطلان بمرور الزمان لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع من يطالب بتنفيذ العقد . ولم يسر مقررنا المصرى فى هذا الاتجاه . لأنه لم ير ضرورة لذلك ، اعتباراً منه بأن الحكم يصل فى وضوحه وجلاله إلى حد أنه يمكن الوصول إليه بطير ما عناه ، استخلاصاً من طبيعة البطلان ذاتها ، المتصلة فى اعتبار العقد عدماً ، واعتباراً بأن الدفع فى ذاتها لا يتقادم ( راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٣ ) .

(٢) راجع فى إمكان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع مهما طال الزمن : نقص ١١/٤/ ١٩٥٧ ، مجموعة النقض ص ٨ ص ٤٠٤ رقم ٤١ . وقد جاء فى هذا الحكم ما يأتى : « إنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنة ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً ، ذلك أن العقد الباطل يظل مدوماً ، فلا يتقلب مع الزمن صحيحاً ، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمح به المدة الطويلة . أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل ، فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع والدفع لا تتقادم . ففى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلاً مطلقاً ... فإن ذلك يكفى لتقرير نتيجة اللازمة قانوناً ، وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان ... » . وانظر فى نفس الاتجاه من الفقهاء : السبوري ، المرجع السابق

السابق نبذة ٣٢٠ - Boudant ج ٨ نبذة ٢٨٢ - De Page ج ٢ نبذة ٧٨٤ - Planiol et Ripert ج ٦ نبذة ٣١٠ - Colin et Capitant ج ٢ نبذة ٢٧٢ - حشمت أبو سكتى المرجع السابق نبذة ٣٦٦ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٥٢ - سليمان مرقس ، نبذة ٢١٣ - وانظر فى الاتجاه العكس : Mazeaud ، المرجع السابق . نبذة ٣٢٦ - Baudry - Lacantinerie ج ٣ نبذة ٢٠٣٩ - Josserand ج ٢ -

١٥ سنة ، ما كان للبائع ولا للمشتري أن يرفع أحدهما على الآخر دعوى البطلان . ولكن إذا كان البائع لم يسلم بعد المبيع للمشتري ، ورفع هذا عليه دعوى يطالبه فيها بالتسليم استناداً إلى البيع ، كان للبائع أن يدفع تلك الدعوى بتمسكه ببطلان البيع<sup>(١)</sup> . وكذلك الحال بالنسبة إلى المشتري ؛ فإذا لم يكن المشتري قد دفع الثمن ، ثم طالبه به البائع ، كان له أن يدفع ببطلان البيع . ويخلص نفسه بذلك من الالتزام به<sup>(٢)</sup> .

هكذا يبين أن العقد الباطل ، بخلاف العقد القابل للإبطال ، لا يتصحح بالتقادم . مهما طال أمده . كل ما هنالك أن دعوى تقرير البطلان تسقط

---

= نبرة ٣٦٠ - مجال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات نبرة ١٢٥ .  
ويلاحظ أن الأعمال التفسيرية للقانون المدني المصري تولى الرأي القائل بعدم سقوط الدفع بالبطلان بمرور الزمان . فقد قررت لجنة المراجعة ، عند النظر في المادة ١٩٤ من المشروع المجهدي ، المقابلة للمادة ١٤١ من القانون ، سقوط دعوى البطلان بالتقادم ، « ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم » . وصارت الفقرة الثمانية من تلك المادة على النحو التالي :  
« ٢ . وتسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به » . ووافق مجلس النواب على هذه الفقرة بعد إجراء تعديل لفظي لا يمس الجوهر . وقد حلت عبارة « دون الدفع به » في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ ، لا عزوفاً عن الحكم الذي تقتضيه ، ولكن اعتباراً بأنه « من المتفق عليه أن الدفع لا تنقادم » وبأن الحجة « لم تر محلاً لا يراد تطبيق هذه القاعدة المسلمة » . راجع في ذلك مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٢٥١ إلى ٢٥٣ .  
(١) بل إنه إذا كان البائع قد سلم المبيع فعلاً ، فإنه لن يعدم وسيلة يستطيع بها استرداده من المشتري ، ما لم يكن هذا قد كسب ملكيته بسبب آخر غير البيع . وطريقه إلى ذلك أن يتجاهل عقد البيع ، ويلجأ إلى دعوى استحقاق الشيء الذي باعه ، أي يستند إلى ملكيته لهذا الشيء . والقاعدة أنه إذا أثبت شخص أنه كان في وقت ما مالكا لشيء ، فإن الملكية تنحصر له ، إلا إذا أثبت المدعي عليه أن تلك الملكية قد انتقلت إليه هو ، بطريق أو بآخر . فهنا يرى المشتري نفسه مضطراً ، في سبيل الاحتفاظ بالشيء الذي تسلمه ، إلى أن يحاول أن يثبت أن ملكيته قد آلت إليه . فإن لجأ ، في هذا السبيل ، إلى التمسك بمقدد البيع الباطل ، حق للبائع أن يدفع ببطلانه .  
(٢) أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن ، فهو لن يعدم ، حتى في هذه الحالة ، وسيلة لاسترداده ، بطريق آخر غير دعوى بطلان البيع . وسيله إلى ذلك أن يرفع على البائع دعوى استرداد ما دفعه ، على اعتبار أنه دفع له ما ليس يستحق عليه ، بشرط ألا يكون قد امتنع سماع هذه الدعوى بمرور الزمان . فإن تمسك البائع هنا بالبيع ، بغية إثبات أحقيته فيما قبضه ، جاز للمشتري أن يدفع ببطلانه .

بمضى ١٥ سنة من تاريخ العقد . ويبقى بعد ذلك التمسك بالبطلان عن طريق الدفع جائزاً ، دون تقييد بحد زمنى .

#### ٢٤٠ - مقارنة بين العقد القابل للإبطال والعقد الباطل :

يحسن بنا ، بعد أن بينا أحكام كل من العقد القابل للإبطال والعقد الباطل ، أن نستجمع الفروق التى تباعد بينهما . وتركز هذه الفروق فيما يلى :

١ - العقد القابل للإبطال هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره ، وإن كان ينطوى على جرثومة فساد تنهض سبباً لجملة قابلاً للإبطال . وقد يعمل فيه سيف الإبطال ، فيبطل . وقد يتحرر من الفساد الذى يعتريه ، فتأكد صحته ويتدعم ، ويزول خطر الإبطال الذى كان يهدده . أما العقد الباطل فهو لا ينعقد أصلاً . فهو والعديم سواء .

٢ - العقد القابل للإبطال لا يبطل ، إلا إذا تمسك بإبطاله من يقرر القانون هذا الأمر لصالحه . فلا يجوز للمتعاقد الآخر أو لغيره أن يتمسك بالإبطال . ولا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . أما العقد الباطل . فلكونه عدم ، فإنه يسوغ التمسك ببطلانه لكل ذى مصلحة . وللمحكمة أن تقضى به ، ولو من تلقاء نفسها .

#### ٣ - العقد القابل للإبطال يتصحح بالإجازة ، بخلاف العقد الباطل .

٤ - العقد القابل للإبطال يتصحح بالتقادم . أما العقد الباطل ، فلا يتصحح بالتقادم مهما طال أمده . وإن كانت دعوى تقرير بطلان العقد الباطل تسقط بالتقادم الطويل ، فإن ذلك لا يفيد أن هذا العقد قد تصحح ، فهو يستمر باطلاً ، كل ما هنالك هو أن الدعوى بتقرير بطلانه لا تسمع قضاء . ويبقى بعد ذلك الطريق مفتوحاً لأى ذى شأن فى أن يتمسك بالبطلان عن طريق الدفع .

## المبحث الثالث

### أثر البطلان

٢٤١ - تبيننا ، فيما سبق ، أن البطلان ينقسم ، من حيث الوقت الذي يلحق العقد فيه ، نوعين : فهناك نوع منه يلحق العقد عند نشوئه ، فيحول دون انعقاده أصلاً ، أو هو يجعله يولد ميتاً . وفي هذه الحالة ، يقال إن العقد باطل . وهناك نوع آخر من البطلان لا يلحق العقد عند نشوئه ، ولكن جبرئومته تكون كامنة فيه . وهكذا يولد العقد وينتج آثاره ، ولكنه يكون قابلاً للإبطال . وقد يلحقه البطلان بالفعل ، إذا ما قضى بإبطاله ، دون أن يكون ذلك على سبيل اللزوم والحتم . وسواء ألحق البطلان العقد عند نشوئه ، أم لحقه في تاريخ لاحق نتيجة لإبطاله ، فإن أثره واحد في الحالتين .

ويرتكز أثر البطلان في إعدام العقد إعداماً يستند إلى تاريخ إبرامه . فالبطلان لا يزيل العقد من وقت الحكم به فحسب . ولكن من وقت نشوئه أيضاً . هو يزيله بالنسبة إلى الماضي والمستقبل . هو يؤدي إلى اعتباره عدماً ، وأنه كان دائماً كذلك . وهكذا نجد أن للبطلان أثراً رجعياً . وفي ذلك يستوى العقد الباطل من الأصل ، والعقد القابل للإبطال إذا ما قضى بإبطاله .

وإذا كان مؤدى البطلان هو إعدام العقد إعداماً يستند إلى وقت إبرامه ، ترتب على ذلك اعتبار تنفيذه كأن لم يكن ، إن كان قد تنفذ (١) . وهذا ما يقتضى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد . إن كان ذلك ممكناً ، وإلا ساغ الحكم بأداء معادل . وفي ذلك تقضى المادة ١/١٤٢ بأنه : « ١ - في حالتي إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل » .

فإذا نشأ البيع ، مثلاً ، باطلاً ثم تقرر بطلانه ، أو انعقد قابلاً للإبطال ثم قضى بإبطاله ، وكان المبيع قد سلم إلى المشتري ، وجب على هذا الأخير رده

(١) تنفيذ العقد الباطل أو القابل للإبطال لا يحول ، بطبيعة الحال ، دون إمكان التمسك ببطلانه أو بإبطاله ، عالم بمعبر تنفيذ العقد القابل للإبطال إجازة إياه . انظر في ذلك تمييز الكويت ١٩٧٣/٥/٩ ، القضاء والقانون س ٤ ج ١ ص ٦٦ .

إلى البائع ، كما يجب عليه رد كل ما اقتطعه من أصله ، كما إذا اقتلع منه شجرة . ويجب عليه أيضاً ، أن يرد جميع الثمار التي أخذها من البيع ، ما لم يكن قد تملكها إعمالاً لقاعدة أن حائز الشيء يملك ثماره التي يقبضها بحسن نية ( المادة ٩٧٨ ) . وإذا كان المبيع ، في البيع الباطل ، قد هلك خطأ المشتري ، أو تعذر على هذا رده ، لسبب أو لآخر يعزى إليه ، وجب عليه أن يدفع للبائع قيمته . أما إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة ، ما كان على المشتري جناح ، ما لم يكن سعى النية عند تسلمه إياه ، أى عالمًا حينئذ بسبب البطلان ، ولم يستطع أن يثبت أن الشيء كان لهلك أيضاً عند المشتري لو أنه كان في يده . وإذا كان المشتري قد دفع الثمن ، وجب على البائع رده إليه ، لاعتبار أنه أخذه منه بدون وجه حق ، وذلك ما لم يكن الالتزام بالرد قد انقضى بالتقادم .

وإذا لحق البطلان عقد الإيجار ، حالة كونه قد تنفذ فعلاً ، التزم المستأجر برد العين ، كما يلتزم المؤجر بأن يرد للمستأجر جميع المبالغ التي أخذها على سبيل الأجرة . ولكن حيث إنه يتعذر هنا إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإيجار ، بالنسبة لانتفاع المستأجر بالعين ، إذ افترض أنه انتفع بها بالفعل ، فإن المستأجر يلتزم بأن يؤدي للمؤجر مبلغاً يراعى في تحديده القيمة الإيجارية للشيء ، أى أجرة المثل السوقية ، وليس الأجرة المتفق عليها بالفعل .

يخلص مما سبق أن البطلان يؤدي إلى إعدام العقد وإزالة كل أثر له ، الأمر الذي يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه (١) .

---

(١) ويسرى هذا الحكم ، حتى لو وقع البطلان بسبب عدم المشروعية ، كما إذا كان محل العقد أو سببه مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب . وقد وجدت لدى الرومان نظرية غشقة في هذا الصدد . ومؤدى هذه النظرية أن الاسترداد لا يجوز للمتعاقد الذي لحقه الدنس ، أى المتعاقد الذي يكون عدم المشروعية أثراً منه ، أو يكون هو مشتركاً فيه . فإذا دفع رجل ، مثلاً ، مبلغاً من المال لأختر نظير ارتكابه جريمة ، أو دفع هذا المبلغ لإسراة سلميها حل معاشرته ، ما كان له في القانون الروماني أن يسترد ما دفع . لاعتبار أنه ملوث . أما إذا كان قد دفع هذا المبلغ لمنع ارتكاب جريمة ، أو لرد شيء مسروق أو شخص مخطوف ، فإنه كان يسوغ له الاسترداد ، لاعتبار أنه لم يطلوئ بالعقد الذي أجراه . وقد صاغ الرومان هذه الفكرة في قاعدة أساسية من —



وذلك بطبيعة الحال ما لم يقض القانون بغيره ، كما هو الشأن على الأخص فيما يتعلق بإبطال أو إبطال عقد عديمي الأهلية وناقصيها (المادة ١٤٢/٢) . وفيما يتعلق بحماية الخلف الخاص حسن النية من أثر إبطال عقد سلفه ، وهما الحالتان اللتان سوف نعرض لهما بعد قليل . فضلا عن غيرهما من الحالات الأخرى التي ينحصرها القانون بحكم «غاير»<sup>(١)</sup> ، فضلا عن بعض العقود التي أدى تنافي طبيعتها مع منطق الإبطال في كماله بالقضاء إلى أن يغير الحكم في خصوصها

« القواعد التي تسود قانونهم ، ومرداها أنه لا يجوز لأحد أن يتسلك بدنس نفسه *Nemo auditor propriam turpitudinem allegans* . وقد انتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي ، وإن اتجه الفقه والقضاء تحت ظله إلى قصرها على العقود الباطلة مخالفة حسن الآداب ، دون تلك التي تبطل بسبب مخالفة النظام العام ، ما لم تكن تلك المخالفة بالغة الخطورة . ووجدت هذه الفكرة لها صدى في الفقه والقضاء تحت ظل القانون المصري القديم . وقد أراد واضع المشروع التمهيد للقانون المصري الحالي أن يملأوا هذه الفكرة ، ففسموا نصاً - هو نص المادة ٢٠١/٣ - يقضي بأنه : « لا يجوز لمن وفي بالتزام يخالف للآداب أن يسترد ما دفعه ، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب » . وحذف هذا النص ، فلم يأت في القانون . وجاء هذا الحذف موقفاً . لأن منع الاسترداد لا يتسق ، من ناحية ، مع منطق الإبطال . وهو من ناحية أخرى ، يشجع على إبرام العقود المخالفة للآداب ، ما دام المتعاقد مطمئن إلى عدم رد ما يأخذه نتيجة لها .

ويجئ في ظل قانوننا الملغى الحالي ، عدم اتباع القاعدة الرومانية المتبعة التي تقضي بأنه عند بطلان العقد ، يجتنع الاسترداد على من لحقه الدنس ، أو كما تقول القاعدة الرومانية نفسها : « لا يسمح للشخص إذا تسلك بدنس » . ففقد الإبطال في ذاته هو انعدام العقد ، وإزالة كل آثاره ، ما لم يصرح القانون نفسه ، في حالة معينة ، بحكم «غاير» ، ثم إن الأعمال التصديرية لقانوننا تبطل قاطعة في إبراز قصد الشارع في عدم إتيان القاعدة الرومانية السابقة . إذ أنه ، بعد أن جاءت المادة ٢٠١/٣ من المشروع التمهيد تصرح بالأخذ بتلك القاعدة وتنص عليها ، وعند عرضها على لجنة المراجعة ، اقترح أحد أعضائها حذفها « لأنها لا تتماشى مع منطق الإبطال ، فوافقت اللجنة على ذلك ( تراجع مجموعة الأعمال التصديرية ج ٢ ص ٢٥٨ ) . والفقه في مصر يجمع على عدم إتيان القاعدة الرومانية في ظل قانوننا . انظر في ذلك : السبوري ، نبذة ٣٢٨ - حشمت أبو ستيت ، نبذة ٢٥٩ - عبد المنعم الصده ، نبذة ٢٦٢ - أنور سلطان ، نبذة ٢٣٢ - جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات طبع ٣ ص ٢٤٦ هامش ٨ .

(١) ومن الحالات الأخرى التي يترك فيها الإبطال بعض الأثر حالة تحول العقد (المادة ١٤٤) التي سوف نعرض لها في المتن بعد قليل .

على نحو أو على آخر : ونخص بالذكر من تلك العقود عقد الشركة<sup>(١)</sup> وعقد العمل<sup>(٢)</sup>.

(١) فقد الشركة يتميز من غيره من كافة العقود الأخرى بأنه لا يقتصر في أثره على تنظيم العلاقة بين أطرافه ، وإنما هو يرتب أثراً جوهرياً آخر ، وهو ذلك المتمثل في إنشاء شخص منوى مستقل عن الشركاء له فتمته المالية الخاصة ، وله نشاطه المالى الخاص . وهذا الشخص المنوى يتمايش بالضرورة مع غيره من أفراد الناس ومن هم في حكمهم ، فيكسب قبلهم الحقوق ويتحمل بالالتزامات . وقد يظل هذا الشخص المنوى قائماً في حكم الواقع برغم بطلان عقد الشركة ، الأمر الذى يجعل إزالته من الوجود بأثر رجعى يقتضى في الكثير من النواحي مع ما حصل في واقع الأمر . ثم إن بقاء الشركة في حكم الواقع فترة من الزمن تطول أو تقصر وقايها بشااطها المالى يؤدي بالضرورة إلى أن نجنى أرباحاً أو نتخلف خسائر على نحو لا يمكن إزالته من الوجود بعد حصوله حتى في العلاقة بين الشركاء أنفسهم . وكل هذا وغيره أدى بالقضاء ، عند الحكم بإبطال عقد الشركة أو بتقرير بطلانه ، إلى عدم إعماله منطلق البطلان في كامل مداه ، وعلى الأخص بالنسبة إلى أثره الرجعى . وهذا ما جعله يلجأ في كثير من الأحيان إلى ما أطلق عليه الشركة الفعلية *Société de fait* . انظر في بطلان عقد الشركة ونظرية الشركة الفعلية : محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجارى المصرى نبذة ٢٩٦ وما بعدها - على يونس ، الشركات التجارية نبذة ٣٥ وما بعدها .

(٢) يسير القضاء الفرنسى في مجموعه ، وعلى رأسه محكمة النقض ، بمباركة من الفقه ، على عدم إعمال الأثر الرجعى لبطلان في خصوص عقد العمل ، حتى لو كان البطلان راجعاً إلى مخالفة النظام العام ، ولم يشذ عن سلوكه هذا إلا في أحوال نادرة تأثر فيها بغداحة وخطورة المخالفة التى سببت البطلان ، كالمعمل في منقاة تباشر نشاطها لمصلحة المملو المحتل للبلاد ، وكالمعمل كخادمة في منزل مبد المهارة ، والقضاء في شذوذه ذلك لم يسلم من النقد . وقد تأثر القضاء الفرنسى ، في إعماله الأثر الرجعى لبطلان في خصوص عقد العمل ، بالنزعة الإنسانية التى تسود تنظيم هذا العقد ، والى كان من شأنها إضفاء المزايا العديدة على العامل ، وهى من بعد مزايا تنمو وتتوسع حل مر الأيام . إذ أن مؤدى إنفاذ الأثر الرجعى لبطلان اعتبار أن الشخص لم يكن عاملاً في المدة السابقة على الحكم به ، حتى لو كان يشتغل بالفعل خلال تلك الفترة . وهذا من شأنه أن يحرم العامل من المزايا العديدة التى يقررها قانون العمل ، برغم أنه في كثير من الأحيان لا يكون ضائعاً ، أو في الأقل لا ينفرد وحده بالخطأ ، في حين أن رب العمل يفيد من ذلك الوضع ، برغم أنه في أغلب الأحيان غطيه ، إذ أن حرمان العامل من المزايا المعالية نتيجة الأثر الرجعى البطلان ينمكس على رب العمل بالتضع . راجع في عدم إعمال الأثر الرجعى البطلان في خصوص عقد العمل : مؤلفنا ، أحكام قانون العمل الكويتى ، نبذة ١٥٨ . وانظر من أحكام القضاء الفرنسى : نقض اجتهامى ١٩٦١/٢/٢ ، دالوز ١٩٦١ ص ١٨٢ - نقض اجتهامى ١١/٢٥ / ١٩٦٠ - نقض اجتهامى ١٩٦١/٢/٩ *dr. Soc.* ص ٤٢٦ وتعليق *Savatier* - نقض مدنى ١٩٦٢/٢/١٠ دالوز ١٩٦٢، دالوز ١٩٦٢/٣٠/١ . وقارن حكم باريس ١٩٤٨/١١/٣٠ *J.C.P.* ٤٨٧١/٢/١٩٤٩ - نقض اجتهامى ١٩٦٤/١/٨ ، دالوز ١٩٦٤ ج ٢٧٧ .

## ٢٤٢ - أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد :

رأينا أنه يترتب على بطلان العقد اعتبار أنه لم يقم أصلاً ، الأمر الذى من شأنه أن يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها عند إبرامه ، إذا كان هذا متيسراً ، وإلا حكم بتعويض معادل . ومؤدى ذلك أن كل متعاقد يتحمل قبل الآخر بالالتزام بأن يرد له كل ما أخذه منه ، أو أن يؤدى له ما يعوضه عنه ، إذا استحال الرد عليه .

ولا صعوبة فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد ، إذا كان الشيء الذى تسلمه المتعاقد بمقتضى العقد الباطل باقياً بذاته لم يهلك أو يتلف . إذ أن ذلك الأساس يتمثل فى تسلم غير المستحق ، أو دفع غير المستحق كما يسميه مشرعنا . فنتيجة الأثر الرجعى لبطلان العقد أو إبطاله ، يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر ، من غير أن يكون له حق فيه ، ومن ثم يلتزم برده إليه . وهذا هو عين ما قضت به المادة ١٨٢ بقولها : « يصبح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً للالتزام لم يتحقق . سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ولكن الأمر قد أثار بعض الجدل فى الحالة التى يتعذر فيها على العاقد أن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد ، ويلتزم بالتالى بأن يؤدى إلى العاقد الآخر . ما أسسته المادة ١/١٤٢ « التعويض المعادل » كما إذا كان الشيء قد هلك أو تلف . فماذا عساه أن يكون هنا مصدر الالتزام بأداء التعويض المعادل ؟

لقد اختلفت فى هذا الصدد الآراء . فأرجع البعض الالتزام بأداء التعويض المعادل إلى المسؤولية التقصيرية<sup>(١)</sup> . وهذا رأى بعيد كل البعد عن الصواب . ذلك لأن المتعاقد يلتزم بأداء التعويض المعادل كلما تعذر عليه أن يرد الشيء

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٩/٦/٤ طعن ٣٤/١٣٨ ق مصرية النقض س ٢٠ ص ٨٦٨ رقم ١٣٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « أساس الحكم بالتعويض المعادل - فى حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبله - إنما هو المسؤولية التقصيرية » . وقارن السهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٢٧ ، حيث لا يرجع أساس الالتزام هنا إلى المسؤولية التقصيرية إلا عندما ترجع استحالة رد الشيء إلى خطأ المتعاقد .

الذى تسلمه . حتى لو لم يكن ذلك راجعاً إلى خطئه ، وهو الأمر الذى يطلب حصوله بالفعل في واقع حياة الناس ، كما إذا اشترى شخص سيارة أو منزلاً بعقد باطل أو قابل للإبطال من غير أن يدري العيب الذى يشوبه ، وتصرف في المبيع على نحو يعتذر معه رده بذاته : معتقداً آنذاك أنه مالك بمقتضى عقد سليم من الشوائب .

ورأى البعض الآخر وجوب اعتبار الالتزام بأداء «التعويض المعادل» كما لو كان ناشئاً من العقد الباطل <sup>(١)</sup> . وليس لهذا الرأي مسحة من صواب . فإذا كان العقد قد وقع باطلاً أو قد أبطل بأثر رجعى ، فكيف نعتبر الالتزام بالرد أو الالتزام بأداء التعويض المعادل كما لو كان ناشئاً عنه !

والرأى الذى نراه صواباً هو أن يُرد الالتزام بأداء التعويض المعادل إلى تسلم غير المستحق أو دفع مالا يجب ، شأنه في ذلك شأن الالتزام برد الشيء ذاته . إذ أن من يتسلم ما ليس له حق فيه يتحمل بالضرورة تبعه هلاكه أو تلفه . إذا كان ذلك راجعاً إلى سبب يعزى إليه .

وإذا كان الالتزام بالرد نتيجة بطلان العقد يرجع في أساسه إلى تسلم غير المستحق ، لزم إعمال قواعد هذا النظام بالنسبة إلى الفوائد والفوائد ( المادة ١٨٥ ) ، وبالنسبة إلى تبعه الهلاك ، مع مراعاة حسن النية وسوئها .

### ٢٤٣ - أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية :

يرد على قاعدة وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل إبرام العقد نتيجة بطلانه استثناء هام ، في الحالة التى يبطل فيها العقد بسبب نقص الأهلية . فهنا لا يلزم ناقص الأهلية ، إلا برد قيمة ما عاد عليه فعلاً من نفع معتبر قانوناً نتيجة تنفيذ العقد ، إن كان قد تنفذ . وفي ذلك تقضى المادة ١٤٢/٢ بأنه : « ٢ - ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعه بسبب تنفيذ العقد » .

فإذا باع القاصر ، مثلاً ، ماله وقبض ثمنه ، ثم أنفق بعض هذا الثمن في ملذاته القائمة على التزق والبطش ، وأنفق بعضه الآخر فيما عاد عليه بنفع

(١) راجع : حبه المنم الصمد ، نبذة ٢٦٠ والمراجع الذى يشير إليه .

معتبر قانوناً ، كما إذا اشترى به مالا مفيداً من غير أن يقين في ثمنه . أو دفعه في أغراض تعليمه بغية إسراف ، ما كان ملزماً ، عند إبطال البيع ، بأن يرد للمشتري إلا القدر من الثمن الذي عاد عليه بالنفع فعلاً . أما القدر الذي أنفقته في ملذاته وطيشه ، فلا يلتزم برده . إذ القانون يعتبر أنه لم ينتفع به .

وإذا كان ظاهر نص المادة ٢/١٤٢ يجعل الاسترداد في حدود المنفعة مقصوراً على حالة ناقص الأهلية ، وهو القاصر ثم السفه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، إلا أن هذا الحكم يسرى أيضاً على عديمي الأهلية ، وهم الصبي غير المميز ثم المحنون والمعنوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما (١) . ذلك لأن الحكم السابق لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة أعم وأشمل ، أوردتها المادة ١٨٦ بقولها : « إذا لم تتوافر أهلية المتعاقد فيمن تسلّم غير المستحق فلا يكون ملزماً إلا بالقدر الذي أثرى به » .

ويلاحظ أن تحديد الالتزام بالرد بالمنفعة المعتبرة قانوناً مقصور على من لا تتوافر الأهلية فيه . فلا يفيد من هذه الميزة المتعاقد الآخر . إذا كان مكتمل الأهلية .

ولكن على من يقع عبء الإثبات في الحالة التي نحن بصدها ؟ هل يقع على ناقص الأهلية ، فيتحمّ عليه أن يقيم الدليل على أنه لم يفد بما تسلّمه بمقتضى العقد كلياً أو جزئياً ؟ أم أن عبء الإثبات يقع على المتعاقد الآخر ، فيقيم الدليل على أن ناقص الأهلية قد أفاد بما أخذه منه ؟

قد رأى البعض النظر الثاني (٢) ولكن هذا الرأي يبدو لنا غير سديد . فالأصل أنه ، عند بطلان العقد أو إبطاله ، يلتزم العاقد بأن يرد كل ما أخذ . فإن أعطى القانون ناقص الأهلية من رد ما لم يعد عليه بالمنفعة ، فإن هذا الإحفاء يرد على خلاف الأصل . وكل من يدعى أمراً يتخالف مع الأصل يقع عليه عبء إثبات أحقيته فيه .

(١) انظر في نفس الاتجاه : جبال الدين زكي ، المرجع السابق نلّة ١٣٢ .

(٢) راجع جبال الدين زكي ، المرجع السابق .

#### ٢٤٤ - حماية الغير حسنى النية من نتائج البطلان :

قد يترتب على أعمال نتائج البطلان على إطلاقها، أن يترتب فادح الضرر، ليس للمتعاقد الذى لم يقم به سبب البطلان والذى عول على قيام العقد فحسب، بل للغير حسنى النية الذين يجرون فى معاملتهم على أساس قيام هذا العقد . فلنفرض . مثلاً، أن زيداً باع أرضه ليكر ، ثم جاء خالد ، مرتكناً إلى هذا البيع ومعتقداً صحته ، فاشتري الأرض بدوره من بكر ، وبعد ذلك أبطل البيع الأول ؛ فلو أننا عملنا هنا منطق البطلان على إطلاقه ، لوجب القول بأن من شأنه أنهيأر البيع الحاصل ليكر بأثر يستند إلى الماضى ؛ فكان بكرأ لم يملك إذاً الأرض فى يوم من الأيام ؛ وكأنه حينما باعها لخالد ، باع له ملك الغير ؛ ويبيع ملك الغير لا يسرى فى مواجهة المالك الحقيقى مالم يقره . وهكذا نصل هنا إلى أن ملكية الأرض تعود إلى زيد ، ويحرم خالد منها، لأنه البائع له ( بكر ) لم يستطع أن يملكه إياها ؛ فهو يعتبر أنه لم يملكها أبداً ؛ وفاقد الشيء لا يعطيه ، ومن لا يملك لا يستطيع أن يملك .

وواضح أن العدالة تقتضى هنا حماية الغير حسنى النية من نتائج بطلان العقود التى يكون من حتمهم أن يعولوا على قيامها . بل إن الصالح العام نفسه يقتضى تلك الحماية ، لما فيها من رعاية للائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التى يركن الناس إليها . من أجل ذلك عمد قانوننا المصرى إلى توفير تلك الحماية ، وإن كان ذلك فى نواحى متفرقة وعلى درجات متفاوتة . وهى تقوم فى أساسها على فكرة أن البطلان لا يمنع من أن للعقد وجوداً مادياً قد يوهم بوجوده قانوناً . وهكذا يتولد مظهر يوهم بأن العقد صحيح . حقيقة أن هذا المظهر كاذب وخداع ، ولكن الناس قد يكونون معلورين إن اعتقدوا صحته ، إذا لم يكن ثمة خطأ ينسب إليهم ، ووجب ترتيب أمورهم كما لو كان العقد الذى توهوا صحته صحيحاً فى الحقيقة ، وذلك تشجيعاً للائتمان العام واحتراماً للثقة المشروعة . هكذا ولدت ، من قديم ، نظرية المظهر الخادع يسمى الخدوع ، أو كما يقال عادة ، وإن كان بعبارة أقل دقة ، نظرية الغلط الشائع يولد الحق error communis facit jus ولم يفعل قانوننا فى سبيل حماية الغير حسنى النية من نتائج البطلان ، ألا إن يطبقها بصلدهم ، وإن كان ذلك فى حدود متفاوتة .

ويوجد ، لحماية الغير حسنئ النية من نتائج بطلان العقود أو زوالها بأى طريق آخر ، كالفسخ والرجوع والإلغاء . ثلاثة مظاهر أساسية ؛ هى الآتية :

#### ٢٤٥- أولاً : حماية الدائنين والخلف الخاص من صورية العقد :

إذا أبرم عقد صورى ، كان لدائنى كل من طرفيه ولخلفه الخاص . متى كانوا حسنئ النية ، أى مجهلون الصورية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى أو العقد المستتر . أيهما أوفق لمصلحتهم ( المادة ٢٤٤ ) . فإذا صور شخصان ، بخلاف الحقيقة . وجود عقد بينهما . كما إذا أبرما بيعاً صورياً صورية مطلقة . فإنه لا يكون هناك فى واقع الأمر أى عقد . ومع ذلك يجيز القانون لدائنى المشتري ولمن يكسب منه حقاً عينياً على الشيء على التصرف الصورى . إذا ما كانوا حسنئ النية . أن يعتبروا أن العقد الصورى هو عقد حقيقى ، وأن ترتب أمورهم على هذا الأساس<sup>(١)</sup> .

#### ٢٤٦- ثانياً : حماية حائز المنقول بحسن نية :

لو أن شخصاً تصرف لآخر فى منقول . ثم بطل هذا التصرف ، فإن مؤدى منطق البطلان أن تنهار جميع التصرفات التى أجزاها المتصرف إليه بدوره . كما إذا كان قد باع المنقول لمشتري ثان . أو رهنه له . ولكن القانون هنا يأتى فى عون المتصرف إليه الثانى ، إذا كان قد حاز المنقول الذى حصل التصرف له فيه بحسن نية . مقررأ ثبوت الحق الذى كان من شأن سنده أن يرتبه له ، تطبيقاً لقاعدة أساسية عريقة . وهى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحق<sup>(٢)</sup> .

#### ٢٤٧- ثالثاً : حماية المتصرف إليهم فى العقار :

ثم ينل المتصرف إليهم فى العقار بوجه عام . فى قانوننا المصرى . حماية

---

(١) راجع فى ذلك : مؤلفنا ، دروس أحكام الالتزام ، نبعة ١٠٧ .  
(٢) انظر فى قاعدة احيازة فى المنقول سند الحق أو سند الحائز بالنسبة إلى المنقولات التى ترد عليها وشروط إعتمادها وأثرها مؤلفنا :

قانونية فعالة من نتائج بطلان سندات ملكيتهم أو زوال هذه السندات لأي سبب آخر ، إلا ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهو تاريخ نفاذ قانون الشهر العقاري في بلادنا . وقانوننا مع ذلك سباق . بالنسبة إلى أكثر القوانين الأجنبية : في إضفاء تلك الحماية .

ففي ظل قانوننا المدني القديم ، لم تكن الحماية التي نحن بصدددها مقررّة إلا للدائنين المرتهين حسيّ النية . فقد جاء القانون المختلط بقاعدة مؤداها أنه إذا رهن شخص عقاره رهناً رسمياً ، ثم زالت ملكيته لبطلان سندّه أو لفسخه أو لزواله بأي سبب آخر . فإن الرهن مع ذلك يبقى لصالح المرتهن . إذا ما كان حسن النية ، أي يجهل ما يشوب سند الراهن من أسباب الزوال .

وقد استمد قانوننا المدني الحالي مبدأ حماية الدائنين المرتهين حسيّ النية <sup>(١)</sup> من سلفه . وضمّنه المادة ١٠٣٤ التي تنصّ بأنه : « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر . إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن » .

وقبل نفاذ قانوننا المدني الحالي بما يقرب من ثلاث سنوات ، كان مبدأ حماية المتصرف إليهم في العقار من زوال سندات السلف . قد اتسع وعم حتى شملهم جميعاً . ما داموا حسيّ النية . دون تفرّق بين مشر أو مرتهن أو غيرهما . وذلك وفقاً لما قضى به قانون الشهر العقاري الذي تنفّذ ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . فقد تضمن هذا القانون في المادة ١٥ منه وجوب شهر الدعاوى التي تتضمن الطعن في التصرفات العقارية . وجوداً أو صحة أو نفاذاً ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . ثم جاء في المادة ١٧ منه يقول : « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعي إذا تقرر بحكم مؤشّر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك

---

(١) انظر في حماية الدائنين المرتهين حسيّ النية ، مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ،



الدعوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما .

ومؤدى هذين النصين أنه إذا آلت ملكية عقار إلى شخص معين بعقد قابل للإبطال أو الفسخ أو الزوال لأى سبب آخر . ثم تصرف فى العقار لشخص آخر حسن النية . كأن باعه له أو رهنه : وشهر الخلف سنده وفقا للقانون . قبل أن تشهر دعوى إبطال أو فسخ أو إلغاء أو زوال سند السلف لأى سبب آخر . فإن الحكم الصادر بزوال سند السلف لا يؤثر فى حق خلفه <sup>(١)</sup> . فلو أن (أ) باع عقاره . مثلا . لـ (ب) بعقد قابل للإبطال . ثم جاء (ب) وباع العقار بدوره لـ (ج) الذى يجهل العيب الذى يشوب سند (ب) . وبعد ذلك رفع (أ) دعوى الإبطال . وقضى له به . فإن هذا الإبطال لا يؤثر فى حق (ج) الذى يظل عتقظا بالملكية . شريطة أن يكون قد سجل عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الإبطال أو التأشير بها وفقا للقانون . أما لو كان المتصرف الصادر لـ (ج) قد سجل فى تاريخ لاحق لشهر دعوى الإبطال المرفوعة من (أ) . فإن هذا الإبطال يسرى فى حق (ج) . حتى لو كان فى حقيقة الواقع يجهل العيب الذى شاب سند مملكه (ب) .

ولا جدال فى أن الحكم الذى تقضى به المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى هو حكم خطير . فهو يؤدى إلى حماية المتصرف إليهم فى العقار من نتائج بطلان سندات مملكتهم . ما داموا حسنى النية <sup>(٢)</sup> . بل من نتائج زوال هذه

---

(١) وقد جاءت الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ من المشروع التمهيدى تنص على مبدأ حماية المتصرف إليه فى العقار عند إبطال سند ملكية سلفه . قائلة : « ٣- على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا تنصرف بالغير حسن النية إذا ترتب له حق حل عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، بحجة أن حكمه وارد فى مكان آخر ( راجع مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٢ ص ٢٣٧ ) .

(٢) وقد يشور التنازل حول ما إذا كانت الحماية التى تنصق على الغير حسنى النية تقع حتى فى حالة وقوع سند ملكه بأمر من الأصل ، أو أنها تقتصر على الحالة التى يقع فيها هذا السند قابلا للإبطال ثم يتقرر لإبطاله . وليس هنا مجال الإقاضة فى هذا الموضوع ، وإن كنا أميل إلى الرأى الثانى .

السندات لأمر سبب آخر غير الإبطال ، كالفسخ والرجوع والإلغاء<sup>(١)</sup> (قارن حكم المادة ٤٧٨ الواردة في شأن بيع المريض مرض الموت ) .

#### ٢٤٨ - انتقاص العقد الذي يلحقه البطلان :

الأصل أن العقد يبرم ككل لا يتجزأ ، فإن لحقه البطلان أو الإبطال ، أهدر كله . ولكن قد يمكن ، في بعض الأحيان ، تجزئة العقد ، إذا كان البطلان أو الإبطال لا يلحقه إلا بالنسبة لبعض أجزائه دون بعضها الآخر<sup>(٢)</sup> .

(١) فكرة حماية المتصرف إليه من زوال ملكية المتصرف ليست غريبة عن الفقه الإسلامي . بل لعل للفقه الإسلامي ، في هذا المجال ، فضل سبق على القانون المعاصر بما يزيد كثيراً على ألف عام . فهذه الفكرة تأتي ، بأدنى شيء ، أثرنا لما يطلق عليه « الملكية الخبيثة » أو « الملك الخبيث » عند الخنفيين . فالحنفيون ينفردون من بين فقهاء المسلمين بنظرية فساد العقد إلى جانب نظرية بطلانه . فالنقد عندهم يمر بالنسبة إلى ذات تكوينه . بمرحلتين مميزتين ، هما مرحلة الانتقاص ومرحلة الصحة . فلا بد للعقد بداية من أن يتعقد . فإن لم يتعقد ، لأمر يسمى « أمل العقد » . وقع باطلاً . وإذا انعقد ، بأن توافر له أصله . وجب أن يكون صحيحاً باستحوازه على ما يسمى « وصف العقد » ، وإلا وقع فاسداً . والعقد الفاسد ، إذا كان من شأنه نقل الملك ، واقتصر بالإقراض الاختياري ، كما إذا سلم البائع في بيع فاسد المبيع المشتري باختياره ، فانه ينقل إلى المشتري ملكية خبيثة . وهي ملكية من نوع غريب . إذ هي تحول صاحبها التصرف في الشيء . دون الانتفاع به . وهكذا فإن تصرف المشتري في الشيء الذي تملكه ملكية خبيثة ، بأن يبعه بدوره . مثلاً ، ثبت لهذا المشتري الثاني ملكية كاملة . واستحال على المالك الأصل أن يفسد العقد الفاسد الذي أبرمه مع المشتري الأول . وهكذا يقرر الفقه الحنفى حماية فعالة للمتصرف إليه من كان طرفاً في عقد فاسد . بل إن الظاهر أن الحماية تشمل هنا المتصرف إليه حتى ولو لم يكن حسن النية ، أي حتى لو كان عالماً بسبب الفساد في عقد سلفه . ولم يقف الأمر ، في مجال حماية الغير من زوال العقد ، عند فكرة الملك الخبيث عند احنفيين ، بل وجدنا اتجاهًا واضعاً عند بعض فقهاء المالكية ، لصمم تلك الحماية على الغير الذين يتعاملون مع شخص في شأن الشيء الذي يكون قد وصل إلى يده بمقتضى عقد باطل ، بالمعنى العام الشامل لاصطلاح البطلان . انظر في ذلك : دردير المصطفى ، الشرح الكبير ج ٣ ص ٧٠ وما بعدها - ابن رشد ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩١ . وراجع في تفصيل كل ما سبق ما سوف نذكره في هذا الخصوص عند تناول نظرية البطلان في الفقه الإسلامي .

(٢) انظر نقض ١٤/٦/١٩٦٦ ملحق ٣١/٢٤٣ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٩ رقم ١٨٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن شرط تطبيق نظرية انتقاص العقد أو قبوله أن يكون العقد في شق منه ( الانتقاص ) أو كله ( التحول ) باطلاً أو قابلاً للإبطال ، فلا محل لإعمالها إذا كان العقد معلقاً على شرط واقف لم يتحقق .

وهنا يقتصر بطلان أو إبطال العقد على ماتعيب فيه . دون مالم تعيب . وهذه هي نظرية انتقاص العقد . وهي لاتعدو أن تكون مجرد أعمال لإرادة المتعاقدين . وقد تضمنتها المادة ١٤٣ مدني بقولها : « إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل . إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله » .

ومثال الحالة التي نحن بصددھا . وهي تلك التي يمكن فيها انتقاص العقد : أن يهب رجل لإمرأته ماله . ويشترط عليها ألا تزوج من بعده إذا مات . مدفوعاً في ذلك بمحض الغيرة . فإذا أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين . يقوم أولهما على التبرع بالمال . ويقوم ثانيهما على التزام الزوجة بعدم الزواج ثانية إذا ماترملت ، صحت الشق الأول . لعدم وجود ما يعيب العقد بالنسبة إليه . وبطل الشق الثاني لمخالفة ما جاء فيه للنظام العام . بسبب تقييده لحرية الزوجة . من غير مسوغ يجيزه القانون . أما إذا أثبت الزوج . أو خلفاؤه من بعده . أن العقد كله ما كان ليتم من غير الشق الأخير . بأن كان هذا الشق هو الباعث الدافع الذي حث الواهب على إجرائه . بطل كله . حيث يكون العقد هنا قد قام على سبب غير مشروع . ومثال إنقاص العقد أيضاً أن يشتري شخص بشمن إجمالي واحد عدداً من الساعات . معتقداً أنها من الذهب الخالص ، ثم يتضح له أنه قد وقع في غلط جوهرى بالنسبة إلى بعض ما اشتراه ، لكونه من النحاس . فإن أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين . يشمل أولهما بيع الساعات التي لم يقع المشتري في الغلط بالنسبة إليها . ويشمل ثانيهما بيع تلك التي داخل المشتري الغلط فيها : انتقص العقد إلى الشق الأول وحده الذي يبطل صحيحاً . واقتصر البطلان على الشق الثاني . وذلك مالم يثبت المشتري أنه ما كان ليبرم الصفقة من غير الساعات التي انصب غلطه عليها<sup>(١)</sup>.

---

(١) ويلاحظ أن المشرع نفسه قد يأتي ، في حالة خاصة ، بتطبيقات لنظرية إنقاص العقد . وأبرز مثال لذلك حالة الفائدة الإتفاقية . إذا ما زادت على الحد القانوني ، حيث تنتقص إلى هذا الحد ( المادة ٢٢٧ ) . وهنا يعمل بالإنقاص في حدود ما يقضي به المشرع ، دون ما ضرورة بعد ذلك للالتزام بما تتطلبه المادة ١٤٣ من شروط . وعلى ذلك فإنقاص الفائدة إلى الحد القانوني يكون في جميع الأحوال ، حتى لو ثبت أن الدائن ما كان ليرضى بالعقد بغير السعر الربوي =

والشرط الاساسى لإعمال انتقاص العقد ألا يكون متعارضاً مع قصد أى من العاقدين . بمعنى أنه إذا أثبت أيهما أنه ما كان ليرتضى العقد بغير الشق الباطل ، امتنع انتقاصه وبطل كله . فلا يكفى مجرد أن يكون محل العقد قابلاً بطبيعته للانتقاص . إذا تعارض هذا مع قصد العاقدين (١) .

#### ٢٤٩ - تحول العقد الباطل :

إذا لحق البطلان العقد . إما لأنه نشأ منذ البداية باطلا . وإما لأنه نشأ قابلاً للإبطال ثم قضى بإبطاله . فإن ذلك يؤدي ، كما سبق أن بينا . إلى انسيار العقد بآثر يستند إلى وقت إبرامه . ولكن انسيار العقد . الذى يترتب نتيجة بطلانه . لا ينصب عليه إلا باعتباره تصرفاً قانونياً . فالبطلان لا يمس العقد باعتباره واقعة مادية تمت في حقيقة الأمر والواقع . وقد تتضمن هذه الواقعة المادية عناصر عقد آخر غير ذلك الذى لحقه البطلان . وهنا يقوم هذا العقد الآخر على انتقاص العقد الباطل . أو أن العقد الباطل يتحول . كما يقول الفقه السائد : إلى العقد الصحيح . وهذه هي نظرية تحول العقد .

ونظرية تحول العقد *conversion de contrat* نظرية ألمانية النشأة . فقد أخذ بها القانون الألماني في المادة ١٤٠ . وقد أخذ بها القضاء الفرنسى وقضاؤنا المصرى ، تحت ظل قانوننا القديم . من غير نص صريح في القانون يقضى بها . اعتباراً بأن القواعد القانونية العامة تؤدي إلى تطبيقها . وقد تضمنها قانوننا المصرى الحالى صراحة في المادة ١/١٤٤ بقوله : « إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون

---

الذي قسمته . ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى أجرة الأماكن والأراضي الزراعية إذا زادت على الحد القانونى . كما أنه يلاحظ أن طبيعة الأمور ذاتها قد تفرض ، في حالة معينة ، إعمال نظرية انتقاص العقد على نحو يتفاير مع ما تقضى به المادة ١٤٣ . وهذا هو الشأن على وجه الخصوص عندما يتضمن عقد العمل شرطاً يتخالف مع القانون . حيث يبطل هذا الشرط ، دون أن يكون لرب العمل أن يحتاج بأنه لولاه لما ارتضى العقد برمته .

(١) انظر : نقض ١٩٧٣/٤/٢١ طعن ٣٧/١١ مجموعة النقض س ٢٤ ص ٦٤٩

دقم ١١٥ - نقض ١٩٦٨/٥/١٦ طعن ٣٤/٤٠٤ مجموعة النقض س ١٩ ص ٩٥٤ .

صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه . إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد .

ومن أمثلة نظرية تحول العقد أو تحول التصرف بوجه عام . اعتبار الكيالة ، التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية . سنداً لأمر . وتحول تظهير الكيالة لأمر . الذى يقع باطلاً لنقص البيانات الواجبة فيه . إلى توكيل بقبض قيمتها ، وتحول القسمة التى ترد على الملكية والتى يقضى بإبطالها بسبب نقص أهلية أحد المتقاسمين . إلى قسمة مهياة . أى قسمة انتفاع ، إذا كان هذا المتقاسم مأذوناً فى الإدارة .

والمرجع إذ يقضى . على غرار القانون المدنى الألمانى (١) . وما حذا حذوه من القوانين الأخرى . بتحول العقد . يستهدف إنفاذ ما يمكن إنفاذه مما أرادته العاقدان تنظيماً لشأنيهما . فإن بطل العقد الذى قصدها فى الحقيقة . فلا أقل من أن يقوم مكانه العقد الذى يحتمل أنهما كانا ينصرفان بإرادتهما إليه ، لو علما بالبطلان . شريطة أن يكون من المقدر أن يستخلص . من أنقاض العقد الباطل ، أركان العقد الصحيح الذى يصير التحول إليه .

#### ٢٥٠ - شروط إعمال نظرية تحول العقد :

للتأخذ بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح . يلزم توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - بطلان العقد الأسمى : فإن كان العقد الأسمى صحيحاً . ما ساغ بغير الإرادة المشتركة لعاقديه كليهما . التحول عنه إلى غيره . حتى إذا ثبت أنهما كانا يفضلانه عليه . لو وضح لهما الأمر . فإذا رهن . مثلاً . شخص لآخر أرضه رهناً حيازياً صحيحاً . لجهلهما بنظام الرهن الرسمى . ما ساغ بغير إرادة الطرفين كليهما ، التحول عن الرهن الحيازى إلى الرهن

---

(١) تقضى المادة ١٤٠ من القانون الألمانى بأنه : « إذا تمضى التصرف الباطل مع متطلبات تصرف قانونى آخر ، اعتد بهذا التصرف الأخير ، إذا كان من الممكن القول بأن المتعاقدين كانا يرتضيانه ، لو علما ببطلان التصرف الأول » .

الرسمي ، حتى إذا ثبت أنهما لو علما بالعقد الثاني . لأبرماه دون الأول . وإذا لزم . للأخذ بفكرة التحول : بطلان العقد الأصلي ، فإنه لا يهيم بعد ذلك أن ينشأ هذا العقد باطلا من الأصل . أو أن ينشأ قابلاً للإبطال ثم يقضى بإبطاله <sup>(١)</sup> .

٢ - تضمن العقد الباطل أركان العقد الذي يصير التحول إليه : فيلزم أن يكون في الإمكان تلمس أركان العقد الذي يصير التحول إليه في الواقعة المادية التي تختلفت عن العقد الباطل . فالتحول لا يقوم على استيفاء أركان العقد الجديد من خارج نطاق العقد الباطل <sup>(٢)</sup> . فلو أن شخصاً ، مثلاً : باع داراً سبق لها أن تهدمت . ووقع البيع لذلك باطلا . ماساغ تحول العقد إلى دار أخرى يملكها البائع . حتى لو دلت الظروف على أن البيع كان ليرد عليها . لو تبين المتعاقدان حقيقة هلاك الدار التي وقع عليها البيع الباطل .

٣ - احتمال انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الجديد : ويلزم . في النهاية .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٦/١٤ طعن ٣١/٢٤٣ في مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٩ رقم ١٨٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن شرط إعمال نظرية تحول العقد أن يكون العقد كله باطلاً أو قابلاً للإبطال . وغلب من ذلك إلى عدم إمكان إعمالها في حالة العقد المعلق عن شرط واقف لم يتحقق . وهذا النظر من الحكم يبدو غير سليم فليس يوجد ثمة ما يمنع من إعمال نظريتنا في حالة عدم تحقق الشرط الواقف الذي علق العقد عليه ، إذا تضمن ، كواقعة مادية ، أركان العقد الذي يراد أن يصير التحول إليه ، واتضح أنه كان من المحتمل أن تنصرف إلى هذا العقد إرادة الطرفين لو تبين أن الشرط الواقف مصيره الحتمي إلى عدم التحقق .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٠/١/٢٩ طعن ٣٥/٤٦٤ في مجموعة النقض س ٢١ ص ٢١٣ رقم ٣٤ . وقد قضى هذا الحكم بعدم إعمال نظرية التحول في قضية أبرم فيها عقد لتوزيع مطبوعات هيئة الإذاعة . وتوقع عليه من لا يملكون الصفة في تمثيلها ، وقضى ببطلانه على هذا الأساس ( الصواب هو عدم نفاذ التصرف في حق هيئة الإذاعة وليس بطلانه ) . وقد جاء في حكم النقض . تبريراً لرفضها الأخذ بتحول العقد : « فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس » . وهذا النظر من الحكم ليس مقنعاً في ذاته . لأن مؤدى بطلان العقد - وهو شرط إعمال التحول - هو اعتبار أنه لم ينشأ أصلاً . ولكن ليس معنى ذلك أن التحول كان يمكن له أن يكون في واقعات الدعوى التي صدر فيها الحكم . فهو مستحيل . ذلك لأن هيئة الإذاعة لم تكن مثلاً تمثيلاً قانونياً ، والالتزام بمن يعبر قانوناً عن إرادتها - هو إتيان بمنصر خارجي عن الواقعة المادية المتضمنة عن بطلان العقد ، وبالأحرى عن عدم نفاذه .

أن تدل الظروف على أن المتعاقدين كانا ليرتضيان العقد الجديد . لو أنهما تبينا بطلان العقد الأصلي . فالإرادة الحقيقية لم تنصرف . في واقع الأمر . إلا إلى العقد الباطل . ولكن القاضي يستخلص من ظروف الحال أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد : لو أنهما تبينا العيب الذي شاب العقد الأصلي . وأدى إلى بطلانه <sup>(١)</sup> . صحيح أن القاضي لا يستطيع هنا أن يقطع بأن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، إذا كانا قد علما ببطلان العقد الأصلي . ولكن يكفي هنا مجرد احتمال هذا الرضاء . وهكذا فالعقد الجديد يقوم . لا على أساس الإرادة الحقيقية لطرفيه ، أى الإرادة التى قصدها فى الحقيقة وواقع الأمر . ولكن على أساس الإرادة الاحتمالية ، أى تلك التى يرى القاضي أن الظروف تدل على أنه كان من المحتمل أن تكون . وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص هذه الإرادة الاحتمالية <sup>(٢)</sup> ، دون معقب عليه فى ذلك من محكمة التمييز ، طالما جاء استخلاصه سائهاً . لأن الأمر يتعلق بالواقع .

#### ٢٥١ - انقضاء عند تكوين العقد الباطل :

فى كثير من الأحيان . يعول الشخص على عقد يرمه . ويرتب أهوره على أساس قيامه . ثم يفاجأ ببطلان هذا العقد . دون أن يقوم به سببه . ودون

(١) ويلاحظ أن للقاضى هنا دوراً إيجابياً نشطاً فى قيام العقد . وإن لم يكن دوره قائماً على التحكم . وإذا كان دور القاضى ، فى مجال تحول العقد الباطل ، لا يتفق تماماً مع أمين وظيفة فى صدد العقد ، حيث تقتصر على النظر فى قيامه ثم تفسيره وإعمال حكمه ، فإن المصلحة تقتضيه . ثم إن ذلك ليس المنظر الوحيد للتوسع فى سلطة القاضى فى خصوص العقد . فقد شاء الفكر القانونى المعاصر ، تمسكاً مع ما تقتضيه مصلحة الناس . أن يعزل بوظيفة القاضى فى بعض الأحيان ، إلى تعديل آثار العقد ، كما هو الحال فى نظرية الظروف الطارئة . بل إلى حد إهدار ما يراه تصفية من شروعه ، كما هو الشأن فى عقود الإذعان .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٨/١١/٢٨ ملحق ٢٤٤/٤٠٧ بمجموعة النقض س ١٩ ص ١٤٢٠ رقم ٢١٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح أن تتوافر فيه أركان هذا العقد الأخير ، « وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو تبينا ما بالمرءة الأصل من أسباب البطلان » . وخلص الحكم إلى عدم تحول عقد باطل على تحكم شخص معين إلى عقد آخر صحيح يلتزم فيه الطرفان بتقرير أجراء الحكم ، ولكن يثير ساء دفع الخصوم . وهذا من الحكم قضاء سليم .

أن ينسب إليه الخطأ في ارتضاءه العقد مع العيب الذى شابه . ومثال ذلك أن يلجأ ناقص الأهلية إلى طرق تدليسية <sup>(١)</sup> تفلح في أن توهم المتعاقد معه باكتمال أهليته . ثم يقرر إبطال العقد . ومثال ذلك أيضاً أن يبيع شخص ملك الغير . ثم يضطر المشتري إلى طلب إبطال البيع بعد أن يتيقن حقيقة الأمر التى كان يجهلها . ومثال حالتنا كذلك أن يريد تاجر بيع سلعته بجنينين ، فيخطئ التعبير عن تلك الإرادة . معلقاً على السلعة بطاقة تفيد أن ثمنها جنيه واحد . فيأتى شخص ويرضى شراءها بهذا السعر الأخير . معولاً عليه ، ثم يفاجأ بأن البيع لم يقع . ومثال الحالة التى نحن بصدددها في النهاية ، أن يريد شخص حجز غرفة في فندق ليوم معلوم . ثم يرتكب ، عند إخطار الفندق برغبته . خطأ مادياً في تحديد هذا اليوم . في هذه الحالات ومثلاتها . هل يسوغ للمتعاقد الذى يضار من البطلان حالة ، كونه لم يقع به سببه ولا ينسب إليه خطأ في ارتضاءه العقد المشابه به . أن يطالب الطرف الآخر بتعويض هذا الضرر ؟ وإن كان له ذلك فعلى أى أساس ؟

قال Ihering في هذا الصدد بنظرية شهيرة . أطلق عليها نظرية الخطأ عند تكوين العقد *culpa in contrahendo* . ومؤدى هذه النظرية أن العقد لا يرتب الالتزامات التى تتولد عنه عادة فحسب . بل هو يرتب أيضاً على كل من طرفيه التزاماً بتعويض الآخر عن الضرر الذى ينجم له من جراء البطلان الذى قد ينجم بسبب يعزى إليه . وأن بطلان العقد . وإن كان من شأنه أن يهدره بالنسبة للالتزامات الأولى . فهو لا يمس بالنسبة إلى الالتزام الأخير . وهكذا يصل Ihering إلى أن المتعاقد الذى قام به سبب البطلان يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى ناله من جراء عدم قيام الصفقة . وذلك بناء على مسئوليته العقدية التى تستمد أساسها من العقد الباطل ذاته . وقد وجدت هذه النظرية صدى خفيفاً في فرنسا . حيث رأى العلامة Saleilles إعمالها مع شيء من التحوير في أساسها ، يتركز في إرجاع

(١) والالتجاء إلى الطرق التدليسية لازم لمسئولية ناقص الأهلية . فلا يكتفى منه بمجرد الادعاء باكتمال الأهلية لديه . انظر في ذلك : نقض ٣/٣/١٩٧٠ ، مجموعة النقض س ٣١ في ٣٩٦ .



المسئولية العقدية عن التعويض الناتج من البطلان . إلى عقد ضمني يقوم في نفس الوقت إلى جانب العقد الذي يتقرر إبطاله . دون أن يمس هو الإبطال . ومؤداه التزام كل متعاقد بضمان صحة العقد الذي تقرر لإبطاله (١) .

ولم يكتب النجاح لنظرية Ihering . لا في ثوبها الأصيل . ولا بعد التعديل الذي أجراه عليها Saleilles : حتى أن القانون الألماني نفسه لم يأخذ بهذه النظرية إلا في تطبيقات يسيرة متفرقة .

وقد تضمنت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى لقانوننا ما يفيد إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد عندنا (٢) . وقد حذفت هذه المادة ، فلم تأت في القانون . وقد جاء . تبريراً لهذا الحذف . إن النظرية السابقة « نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها ... » .

وليس هناك من شك في أنه لا يسوغ في قانوننا إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد . كما قال بها Ihering أو كما عدل فيها Saleilles . فهذه النظرية لا تنتفي من ناحية . مع القواعد القانونية العامة . وهي من ناحية أخرى غير مفيدة . وفقهاؤنا مجمعون على ذلك .

وإذا استبعدنا . من نطاق قانوننا . إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي تقوم على المسئولية العقدية . فليس معنى ذلك أن المتعاقدين الذين يعزى

---

(١) وتفصيل فكرة Saleilles أن المتعاقدين حينما يرتضيان العقد الذي يبرمانه . يتفقان ضمناً على عقد آخر ، مؤداه التزام كل منهما بضمان صحة العقد الأول . فإذا أبطل هذا العقد نتيجة خطأ أحد المتعاقدين أعلل الالتزام المترتب عليه من العقد الذي استهدف به ضمان صحته . ولم تلق هذه الفكرة نجاحاً يذكر . إذ أن القول بوجود فكرة العقد الثاني يكذبها الواقع ؛ حيث إنه يخلط في العمل ألا يفكر المتعاقدان أصلاً في النتائج المترتبة على احتمال بطلان العقد الذي يبرمانه ، ولا في طريقة تقاديرها . ثم مع افتراض وجود هذا العقد ، فإن سبب بطلان العقد الأصل يمس بدوره ، في الكثير من الأحيان ، لاسيما إذا بني البطلان على عدم توافق الأهلية .

(٢) وقد جاءت هذه المادة تقول : « ١ - إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للبطلان ؛ فمل الطرف الذي يتمسك بالبطلان أن يعرض الطرف الآخر عن الضرر الذي لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد ، دون أن تتجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التي كانت تمود عليه لو كان العقد صحيحاً . ٢ - على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد في وقوع هذا البطلان ، أو كان يمل بسببه أو ينبغي أن يعلم به » .

إليه خطأ في وقوع البطلان يكون دائماً بمنأى عن المسؤولية . فهذه المسؤولية قد تلحقه . لا على أساس العقد ، وإنما على أساس العمل غير المشروع الذي ارتكبه . وهكذا نصل إلى أن المسؤولية هنا تقصيرية وليست عقدية . فكلما أمكن أن يعزى سبب البطلان إلى خطأ أحد المتعاقدين : كان للمتعاقدين الآخر أن يطالبه بالتعويض الذي ناله بسبب عدم قيام العقد . بشرط أن يكون من شأن الظروف الملابسة أن تسوغ له الاعتقاد في صحته .

وقد طبق المشرع نفسه هذه الفكرة في حالة التجاء القاصر إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته . فهو إن منحه هنا حق طلب إبطال العقد . فقد ألزمه بتعويض الضرر الناشئ من فعله الخاطئ ( المادة ١١٩ ) : وفقاً لما سبق لنا بيانه في حينه . وقد طبق المشرع هذه الفكرة أيضاً في بيع ملك الغير . حيث قضى في المادة ٤٦٨ بأنه : « إذا حكم للمشتري بإبطال البيع وكان يجمل أن المبيع غير مملوك للبائع . فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . فالقانون يفترض فيمن يبيع ملك غيره الخطأ . حتى لو كان معتقداً أنه يبيع ملكه . ويحول بالتالي للمشتري منه : إذا ما حرم من الصفقة . المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ناله بسبب ذلك . بشرط أن يكون غير عالم بأنه يشتري ملك الغير (١) .

وإلى جانب هذين التطبيقين التشريعيين . تعمل المسؤولية التقصيرية . في كل حالة أخرى . إذا ما توافرت فيها شروطها . فن ينظي . مثلاً . فيضع بطاقة على سلعته تفيد أنه يعرض بيعها بسعر معين بخالف ذلك الذي قصده في الحقيقة : يلتزم بتعويض الضرر الناجم لمن عول على شرائها بالسعر المعروض . كما إذا كان قد فوت على نفسه بسببه صفقة أخرى رابحة (٢) .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التي انتهى أن ثبوت التعويض لمن يشتري منك الغير نتيجة بطلان البيع هو « تطبيق تشريعي لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد ( مجموعة الأعمال التصديرية ج ٤ ص ١٩٣ ) » .

(٢) أنظر ما سبق ، تبة ٥٤ .

ومن يخطيء في إخطار صاحب الفندق باليوم الذي قصد فيه حجز إحدى غرفه يلتزم بتعويضه عن الضرر الذي ناله من جراء تعويله على قيام العقد .

### المبحث الرابع

#### نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

٢٥٢ - نظرية البطلان . في الفقه الإسلامي الحنفى ، أكثر شمولاً وأوسع مدى منها في القانون المعاصر . بل وفي المذاهب الإسلامية الأخرى . ويرتد اتساعها فيه إلى نواح ثلاث . تتعلق أولاً بقيام العقد ، وثانيها بتنفيذ العقد ، وثالثها بلزوم العقد . ونتناول هذه النواحي الثلاث واحدة تلو الأخرى .

#### ٢٥٣ - ( أ ) بالنسبة إلى قيام العقد :

لتكوين العقد تكويناً كاملاً . يتطلب الفقه الحنفى ، كأصل عام . المرور بمرحلتين : مرحلة الانعقاد . ومرحلة الصحة .

فلا بد للعقد ، بادئ ذي بدء . من أن ينعقد ، فإن لم ينعقد . وقع باطلاً . وإذا انعقد . واجه المرحلة الثانية . وهي مرحلة الصحة ، فإِنْ اجتازها ، فهو عقد منعقد وصحيح ، وإن لم يجتزها . فهو عقد منعقد . ولكنه فاسد .

وهكذا يجعل الفقه الحنفى عدم سلامة العقد . المتعلقة بذات قيامه وتكوينه تراوح بين مرتبتين : هما البطلان والفساد .

أما المذاهب الإسلامية الأخرى . فهي لا تجعل . بالنسبة إلى ذات قيام العقد ، ثمة تفاوتاً في عدم سلامته . فالعقد عندها إما منعقد . وإما باطل . ولا شيء أكثر من هذا . حتى أن اصطلاح المقعد الباطل واصطلاح العقد الفاسد يقعان فيها مترادفين <sup>(١)</sup> .

---

(١) وجاء في البدائع ( انظر البدائع ٥٠٥ ص ٢٩٩ ) تأييداً لذلك : « وقال الشافعي ، رحمه الله ، لا حكم لبيع الفاسد . فالبيع عنده قسمان : جائز وباطل لا ثالث لهما . والفاسد والباطل سواء ... » . انظر أيضاً : التلويح ( ٢ ص ١٢٣ ) ، حيث جاء فيه : « وعند الشافعي رحمه الله تعالى الباطل والفساد ايمان مترادفان لما ليس بصحيح » . انظر كذلك فتح القدير ، ٢ ص ٢٢٧ وما بعدها .

٢٥٤ - أولاً : العقد الباطل : العقد الباطل . في الفقه الحنفي ، هو ذلك الذي لا تتوافر له مقومات انعقاده . وهذه المقومات يجمعها ما يسمى : « أصل العقد » . فكل ما يخل بأصل العقد يؤدي إلى بطلانه . وهذا ما أرادت المادة ١١٠ من المحلة أن تعبر عنه . بصدد البيع . فجاءت تقول : « البيع الباطل ما لا يصلح أصلاً . يعنى أنه لا يكون مشروعاً أصلاً » .

ويمكن رد « أصل العقد » . الذي يسبب الإخلال به البطلان . إلى التراضى . وإلى المعقود عليه . أو المحل كما نقول في فقه القانون المعاصر . ويدخل في التراضى : (١) توافق الإيجاب والقبول . (٢) اتحاد مجلس العقد . (٣) توافر العقل ، أى التمييز . في كل من العاقدين . أما المحل أو المعقود عليه . فيجمع بين : (١) وجود المال (٢) أن يكون مقدور التسليم . (٣) أن يكون مالا متقوماً .

والعقد الباطل . في الفقه الإسلامى يأخذ نفس حكم العقد الباطل في القانون المعاصر . فهو والعدم سواء . ومن ثم فهو لا ينتج أثراً ما (١) ، باعتباره تصرفاً قانونياً (٢) . ولا يتصحح بالإجازة . ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه . وللقاضى . بل يجب عليه . أن يقضى ببطلانه . ولو من تلقاء نفسه .

(١) وتطبيقاً لذلك ، جاءت المادة ٣٧٠ من « المحلة » ، في صدد البيع . تقول : « البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلاً . فإذا قبض المشتري المبيع باذن البائع في البيع الباطل ، كان المبيع أمانة عند المشتري . فلو هلك بلا تعدد لا يضمنه » .

(٢) ولكن انعدام العقد الباطل . باعتباره تصرفاً قانونياً ، لا يمنع من أن له من العقد صورته . ولهذا فقد يترتب على تنفيذه بعض الآثار القانونية ، ليس باعتباره تصرفاً قانونياً . ولكن باعتباره مجرد واقعة مادية . فالزواج الباطل ، بعد الدخول ، يترتب عليه ذره الحد وثبوت النسب ، واستحقاق النهر ، ووجوب العدة . وقد اختلف في صدد البيع الباطل الذى يعقبه تسليم المبيع إلى المشتري ، وحلاكه بين يديه لسبب أجنبي عنه لا يد له فيه ، هل تقع تبعه الهلاك على المشتري أم على البائع . وانقسم فقهاء الحنفية في ذلك مذهبين . ففريق منهم يرى في البيع الباطل المقترن بالتسليم واقعة مادية مؤداها تسليم الشيء للمشتري لتحقيق منفعة له ، فتكون يد هذا عليه يد ضمان . فان هلك ، تحصل تبعه هلاكه . والفريق الثانى لا يقيم للبيع الباطل أى اعتبار . ويرى أن يد المشتري على المبيع هي يد أمانة . فان هلك ، يكون تعدد منه ، ما لزمه ضمانه ، وتحمل البائع دونه تبعه هلاكه . وقد جاءت المحلة تأخذ بهذا الرأى الأخير ، وذلك في المادة ٣٧٠ منها .

٢٥٥ - ثانياً : العقد الفاسد : الفساد في الفقه الحنفي مرتبة في عدم سلامة تكوين العقد . تجيء بعد البطلان . أما المذاهب الإسلامية الأخرى . فهي لاتفرق بين بطلان العقد وفساده . كما بينا . وهكذا فنظرية الفساد نظرية حنفية محضة .

بل إن الفقه الحنفي لم يقل بنظرية الفساد على وجه الإطلاق والشمول . فهو لم يطلق تطبيقها على كل التصرفات القانونية : وإنما قصرها على بعضها . دون البعض الآخر . فيخرج من نطاق هذه النظرية التصرفات القانونية التالية :  
١ - التصرفات الصادرة من جانب واحد . أى تلك التى لاتعتبر عقوداً . بالمفهوم المعاصر . كالطلاق والوقف والعق . والإبراء من الدين والكفالة<sup>(١)</sup> .

٢ - العقود غير المالية . كالزواج<sup>(٢)</sup> والتحكيم .

٣ - العقود التى لاتنتقل الملكية والتى لاترتب الالتزامات إلا فى جانب واحد كالوديعة والعارية بغير أجر .

وإذا خرجت تلك التصرفات من نطاق دائرة نظرية الفساد . بقيت هذه الدائرة مقصورة على العقود الناقلة للملك كالبيع والشركة والقسمة والصلح .

---

(١) الكفالة ، فى الفقه الإسلامى ، وبخلاف القانون المعاصر ، لا تعتبر عقدًا . بل هى تصرف من جانب واحد . فهى كما تقول المادة ١٦٢ من المجلة : « تمنع وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده » .

(٢) ويلاحظ أن فقهاء المسلمين يميزون مع ذلك بين الزواج الباطل والزواج الفاسد . ولكن معيار التمييز هنا لا يقوم على الانسداد وعدمه . كما هو الشأن فى التمييز بين الباطل والفاسد بوجه عدم . فكلما الزواج الباطل والفاسد غير منقذ . ولكن التمييز بينهما يقوم على وجود شبهة استحلال المتعة من علمها . فالزواج الفاسد هو الذى من شأنه أن توجب فيه شبهة استحلال المتعة ، كالزواج بلا شهود ، وزواج المعتدة قبل إنقضاء عدتها . والزواج الفاسد ، لكون شبهة استحلال المتعة تقوم فيه ، يرتب ، إذا ما اقترن بالانسداد ، بعض الآثار . فبيعت به النسيب ، ويستحق المهر ؛ وتجب العدة ويرتفع الحد .

أما الزواج الباطل ، فيقصد به ذلك الذى يكون فيه سبب التحريم من القوة والظاهر بحيث لا تقوم فيه شبهة استحلال المتعة ، كزواج المحارم . وهو يقع بمشابة « الزنى » فلا يثبت به نسب ، ولا يستحق مهر ، ولا يرتفع منه الحد فى المراجع من الآراء .

(١) الاكراه سبب للفساد في الرأى الرابع في الفقه احنى . وهو ما يقول به الامام وصاحبه . اما زفر ، فبرى في الاكراه سبباً لاعتبار العقد موقوفاً على اجازة المكره ، ونيس فاسداً . اما « المحلة » فلم تصرح ، في ذنب الاكراه ، بأنه على العقد مكتفية بالقول بأن العقد يقع « غير معتبر » ( المادة ١٠٠٦ ) . وإن كنا قد فرسنا ذلك على أنه يعنى فساد العقد ( انظر مؤلفنا : مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي ، نبة ١١٧ ) . وهذا هو بالفعل ما صرح به « المحلة » بصدد الاجار ، حيث جاءت المادة ٨٨ : « تقول بأنه يشترط لصحة الاجارة « رضا العاقدين » . والمقصود بالرضا هنا هو المتي الخاص في الفقه الاسلامى ، أى ارتياح العاقد إلى ما اراده ، نتيجة صدور ارادته عن طواحيه واعتباره ، وليس عن قسر واكراه .

والفرر<sup>(١)</sup> ، والربا ، والشرط الفاسد . تنهض في الفقه الحنفى . أسباباً لفساد العقد . في حين أنها . بوجه عام . تنهض أسباباً للبطلان . في المذاهب الإسلامية الأخرى .

٢٥٦- أثر العقد الفاسد : وإذا فرغنا من الحالات التي يقع فيها العقد فاسداً في الفقه الحنفى ، لنحدد حكمه فيها ، وجدنا هذا الحكم ، في العقود التي تقتضى تسليم المقتود عليه كالبيع . يختلف باختلاف ما إذا كان هذا التسليم . أو القبض كما يسمى في الفقه الإسلامي ، قد تم . أو لم يتم .

٢٥٧- أثر العقد الفاسد قبل القبض : العقد الفاسد . قبل القبض . لا ينتج أى أثر على الإطلاق . فبرغم أنه منعقد ، وله بالتالى وجود قانونى . إلا أن وجوده هذا يبلغ من الضعف حداً بحيث إنه : بذاته وبمجرده . وقبل أن يدعم بالقبض ، لا ينتج أى أثر ، ويكون بمثابة العدم ، شأنه في هذا شأن العقد الباطل تماماً . فالبيع الفاسد . مثلاً . قبل تسليم المبيع إلى المشتري . لا يترتب عنه أى التزام لا على البائع ، ولا على المشتري ، ويجوز لكل من منهما التمسك بنفسه<sup>(٢)</sup> العقد<sup>(٣)</sup> ، إن صراحة وإن دلالة . وللقاضى .

(١) والفرر المفسد للعقد هو ذلك الذى يتعلق بوصف في الشيء أو في مقداره ، كإذ باع شخص بقرة على أنها حامل ( فهنا يوجد فرر في الوصف . إذ قد لا تكون البقرة حاملاً ) ، أو على أنها تدر كذا وطلا من اللبن ( فهنا فرر في المقدار . إذ قد لا تدر البقرة كل القدر المهدى ) . أما الفرر في أصل وجود المقتود عليه فيقضى إلى بطلان العقد كلية . إذ التعاقد يعتبر هنا وارداً على معلوم . والعقد الذى يرد على المعلوم باطل . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص نفوس الخيول التى في بطن أمه ، أو أن يبيع الصائد ضرباً من شبيكة ، أى ما عساه أن يصطاده بها ، أو أن يبيع الخافض ثمرة غوصته .

(٢) يستعمل الفقهاء هنا اصطلاح « فسخ العقد » لدلالة على إزالة العقد الفاسد . وهو استعمال لا يتشبه مع مدلول الفسخ في لغة القانون المعاصر ، الذى يعنى حل الرابطة في العقد الصحيح . ويبدو أن فقهاء الحنفية يستعملون هنا اصطلاح الفسخ نتيجة تأثرهم بفكرة أن العقد الفاسد هو عقد منعقد ، أى أن له وجود قانونى . وبهذا المثابة يكون لاصطلاح « الفسخ » هنا مدلول يغازب مدلول اصطلاح « الإبطال » في قانوننا المعاصر .

(٣) بل إنه يبدو أن طلب فسخ العقد الفاسد يتشبه أمراً متعلّياً إليه ديانة ، اعتباراً بأن يرمى العقد الفاسد معصية ، حل العاقد التوبة منه بنفسه ( انظر في ذلك البحر الرائق ٦ ص ٩١ ) .

بل عليه ، أن يحكم بفسخ العقد الفاسد . ولو من تلقاء نفسه . والعقد الفاسد لا يتصحح بالإجازة <sup>(١)</sup> أبداً <sup>(٢)</sup> . وعلى العموم ، يأخذ العقد الفاسد ، قبل القبض ، حكم العقد الباطل . هذا هو حكم العقد الفاسد قبل القبض في الفقه الحنفي . وقد أقرته « المحلة » في المادة ٣٧١ منها <sup>(٣)</sup> .

٢٥٨ - أثر العقد الفاسد بعد القبض : العقد الفاسد يتدعم بعض الشيء بالقبض ، أي بتسليم المعقود عليه ممن يلتزم به إلى العاقد الآخر <sup>(٤)</sup> . وهذا هو جوهر نظام العقد الفاسد في الفقه الحنفي . وهو الذي يميزه عن العقد الباطل .

وليس معنى قولنا إن العقد الفاسد يتدعم بعض الشيء بالقبض أنه يصير صحيحاً ، فهو يظل فاسداً . كل ما هنالك أن أثر فسادہ يخف . ومظهر استمرار الفساد أنه يبقى : كقاعدة عامة . لأى من العاقلين التمسك بالفسخ ، على حسب الرأى الراجح في المذهب الحنفي <sup>(٥)</sup> . ووفقاً لما تقضى به المحلة (المادة ٣٧٢) .

أما مظهر دعم العقد الفاسد بالقبض فيتركز في أنه يفيد حكمه وينتج أثره . فالبيع الفاسد ، بعد تسليم المبيع للمشتري ، ينقل الملكية لهذا الأخير . وإذا هلك بين يديه ، تحمل تبعه الهلاك . وفي ذلك تقضى المادة ٣٧١ من المحلة بأنه : « البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض . يعنى أن المشتري إذا قبض المبيع بلذن البائع صار مالكا له . فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشتري ، لزمه الضمان . يعنى أن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله . وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه » .

---

(١) انظر البدائع ، ج ٥ ص ٣٠١ .

(٢) ومن ثم يجوز لعاقد أن يتمسك بفسخ العقد الفاسد ، ولو كان قد سبق له أن تنازل عن حقه في ذلك . وإذا مات العاقد ، كان لوارثه أن يتمسك بفسخه مكانه .

(٣) جهات المادة ٣٧١ من « المحلة » تقول في صدرها : « البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض » فهو - بمفهوم المخالفة - تفيد أن البيع الفاسد لا ينتج أثراً قبل القبض .

(٤) والمقصود بالقبض هنا هو ذلك الذي يحصل طواعية واختياراً . فيلزم في البيع ، مثلاً ، أن يتم تسليم المبيع إلى المشتري برضاه البائع .

(٥) على أنه إذا كان فساد العقد راجعاً إلى نقصته شرطاً غير جائز شرعاً ، فإن الرخصة في تمسك بالفسخ لا تبقى إلا إلى الوقت الذي يزول فيه سبب الفساد .



بيد أن الملكية التي تنتقل بمقتضى العقد الفاسد المقترن بالقبض ، بيعاً كان أم هبة أم صلحاً أم غيرها ، ليست هي الملكية العادية التي ترتب بمقتضى العقد الصحيح . فهي ملكية من نوع خاص . هي ملكية تعطى صاحبها مكنة التصرف ، دون مكنة الانتفاع . فليس للمشتري بعقد فاسد أن ينتفع بالمبيع . فلو كان المبيع قيصاً ، مثلاً ، ماحق له لبسه . وإن كان جارية ، ماثبت له حل وطبها . أما التصرف في الشيء . فتعطيه الملكية الناجمة عن العقد الفاسد . سواء أكان هذا التصرف قانونياً أم مادياً . فيجوز للمشتري . بمقتضى البيع الفاسد . بعد أن يقبض المبيع ، أن يتصرف فيه : بأن يبيعه أو يهبه أو يرهنه . مثلاً . ويقع هذا التصرف منه صحيحاً . ولا يسوغ للبائع الأصلي بعد أن يتصرف المشتري في المبيع إلى مشتري ثان ، مثلاً . أن يسرده من هذا الأخير . الذي ثبتت له ملكية تامة . شاملة للانتفاع والتصرف بها : على فرض أن عقده هو صحيح . وليس فاسداً . وكما يجوز لمكتسب الملكية بمقتضى العقد الفاسد المقترن بالقبض أن يتصرف في الشيء تصرفاً قانونياً من بيع ونحوه . فيجوز له كذلك . أن يجري فيه التصرفات المادية التي تغير من ذاته ، كالقمح بصير دقيقاً . أو تغير فقط من صورته ، كإقامة بناء على الأرض الفضاء أو غرس الأشجار فيها أو حتى تعمير دار مخربة . فإذا حصل تصرف مادي من هذا القبيل ، ثبتت الملكية التامة لمن كان قد كسبها بالعقد الفاسد . وبطل حق المالك الأصلي في فسخ العقد ، واستحال عليه بالتالي استرداد الشيء .

خلاصة كل ذلك أن العقد الفاسد ، إذا كان بطبيعته ناقلاً للملك ، كالبيع والهبة . واقترن بالقبض الاختياري . فإنه ينقل : إلى المتصرف إليه . ملكية من نوع خاص . تخول التصرف دون الانتفاع . ويطلق الفقهاء على هذا النوع من الملكية التي تثبت بمقتضى العقد الفاسد اصطلاح « الملكية الخبيثة أو الملك الخبيث » (١) .

(١) ولا جدال في غرابة هذا النوع من الملكية ، فهي ، من ناحية ، تشمل من عناصر الملكية للتصرف ، وهو الأكثر ، دون أن تتضمن الأقل ، وهو الانتفاع . وهي ، من ناحية ثانية ، تبيح لصاحبها أن ينقل إلى غيره ملكية تامة ، في حين أنها ، هي في ذاتها ، ملكية ناقصة أو =

وقد جاء في « المحلة » ما يؤيد أنها تأخذ بالرأى الراجح في الفقه الحنفى ،  
ومؤاده أن العقد الفاسد المقرن بالقبض لا يمنح إلا ملكية خبيثة ، مقصورة

سخرية . كما يقولون . وهكذا نرى الشخص يعطى من الحقوق أكثر مما له ، في حين أن القاعدة أن  
فاقد الشيء لا يعطيه ، وأن الشخص لا يستطيع أن يعطى أكثر مما له . ومع ذلك فهذا النوع من  
الملكية يلعب دوراً بالغ الخطورة والأهمية ، وذلك على الأخص في مجال حماية الغير الذين  
يتعاملون مع صاحب الملكية الخبيثة ، كن يشتري منه الشيء أو يرثه . فهؤلاء الغير يرون أنفسهم  
في مأمن تام من نتائج فساد عقد السلف . إذ لا يستطيع من ملك هذا السلف ( كالبائع له مثلاً )  
أن يسترد الشيء من بين أيديهم ، استناداً إلى فساد العقد . وتبرز أهمية هذه الحماية للغير ، إذا  
علمنا أن أسباب فساد العقود كثيرة ، تحت ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، تجمع بين الأسباب  
العامة التي يبتناها في المئن ، والأسباب الخاصة بالفساد في كل عقد على حدة . وكثيراً ما يجهل الغير  
بوجود سبب منها يشوب عقد من يتعاملون معه . ثم أن أسباب الفساد ترجع ، كما سبق لنا أن بيناه  
في المتن ، إلى مجرد أوصاف تلتحق العقد أو وصف العقد « كما يقولون . ومن ثم كثيراً ما تدق  
على الغير معرفة هذه الأسباب ، بل كثيراً ما تدق هذه المعرفة حتى على العاقلين أنفسهم . من هنا  
« هنالك ، كان الغير الذين يتعاملون مع مكتسب الملكية بعقد فاسد ، أي صاحب « الملكية الخبيثة » ،  
كما يقولون ، في حاجة ماسة لحماية . وتنبه نظرية فساد العقد ، في الفقه الحنفى ، توفر تلك  
الحماية لهم . بل إنها ، على ما يبدو ، تسرف في إعفاء الحماية عليهم ، لأنها لا تفرق ، وفق ما  
استبان لنا من كتابات الفقهاء ، بين الغير حسن النية ، أي الذين يجهلون سبب الفساد ، والغير  
سيئ النية ، أي أولئك الذين يعلمون بفساد عقد ملكهم .

على أية حال ، لا يملك المئصف إلا أن يحث هامته إجلالاً وتقديراً لفقه الإسلامى ، مثلاً في  
الفقه الحنفى ، حيث عهد ، من أكثر من اثني عشر قرناً من الزمان ، إلى غاية بالغة السمو ، وهي  
حماية الغير ، استقراً للمعاملات بين الناس . وإن كان ذلك في حيز محدود مقصور على من  
يتعاملون مع مكتسب الملكية بمقتضى عقد فاسد ، وإن كانت الوسيلة التي استخدمت يمكن أن يقال  
عنها إنها لا تبلغ حد الإلتقان ، من حيث تمحيها مع أصول الفن الحديث في الصياغة .

بل إن عبقرية الفقه الإسلامى تبرز بشكل أقوى ، إذا لاحظنا أن في الفقه المالكي اتجاهًا واضحاً  
تصميم الحماية على الغير الذي يتعاملون مع شخص يكون قد توصل إلى الشيء نتيجة عقد باطل ،  
ينبغي نعماً الشامل لاصطلاح البطلان ( انظر في ذلك دردير السوقي ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص  
٧٠ وما بعدها ) ، وبداية المجلد ج ٣ ص ١٩١ - وانظر أيضاً Linant de Bellefonds  
نيزة ١٣٥ .

وأياً ما كان الأمر ، فإن عبقرية الفقه الإسلامى ، في المجال الذي نحن بصده لا يمكن أن  
تقدر حق قدره . إلا إذا لاحظنا أن الفقه الأوربي . لم يمد إلى حماية الغير الذين يتعاملون مع  
شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته من حيث ملكيته للشيء الذي يتعاملون معه فيه ، إلا في وقت  
متأخر جداً ، يبعد بأكثر من اثني عشر قرناً من الزمان وذلك بمقتضى نظرية أخذت تتغلغل في حنايا  
القانون المعاصر ، وإن كانت لم تستقر بعد وترسب بشكل مطلق تام . وهذه هي نظرية المظهر  
الخدوع بمعنى الخدوع ، أو كما يقال عادة وبعبارة أكثر شيوعاً وإن كانت أقل دقة ، الغلط  
نشأتم يولد الحق *error communis facit jus* .

على التصرف دون الانتفاع . فقد وردت المادة ٣٦٦ منها نقضاً بأنه : « البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض . يعنى يصير تصرف المشتري في المبيع جائزاً حينئذ » وجاءت المادة ٣٧٢ . بعد أن بينت أنه لكل من العاقدين في البيع الفاسد أن يفسخه ، تقول : « ... إلا أنه إذا هلك المبيع في يد المشتري أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو هبة من آخر . أو زاد فيه المشتري شيئاً من ماله ، كما لو كان المبيع داراً فعمرها أو أرضاً ففرس فيها أشجاراً . أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً . بطل حق الفسخ في هذه الصور » .

هكذا يظهر أن العقد الفاسد ، بعد القبض . لا يصبح كالعقد الصحيح . فالقبض لا يظهر العقد الفاسد من فساد تطهيراً تاماً . فهو يقتصر على أن يمنحه بعض القوة وليس كلها . فهو إن كان من طبيعته أن ينقل الملك كالبيع . إلا أنه لا يعطى إلا ملكية خيثة ، محدودة بالتصرف ولا تشمل الانتفاع . ثم إن العقد الفاسد ينطوى على ناحية أخرى من نواحي الضعف . فإذا تعذر رد الشيء . حتى في الأحوال التي يبطل فيها حق الفسخ نتيجة إجراء التصرف . فلا يستحق المالك الأصل ( البائع في العقد الفاسد مثلاً ) البذل المسمى في العقد وإنما يستحق قيمته . أي ثمن المثل . فإذا باع شخص أرضاً . مثلاً . وكان البيع فاسداً . وتسلمها المشتري . ثم باعها هذا الأخير إلى ثالث أو بنى عليها داراً . وتعذر بذلك على البائع الأصلي فسخ العقد الفاسد واسترداد الأرض . فإنه يحق له . في مقابلها . أن يطالب المشتري بقيمة الأرض عند القبض . لا الثمن المسمى في العقد . وكذلك الشأن تماماً . لو هلك المبيع في يد المشتري ( المادة ٣٧١ مجلة ) .

#### ٢٥٩ - (ب) بالنسبة إلى نفاذ العقد :

رأينا أن العقد - في الفقه الحنفي يمر . وهو في سبيل اكتمال تكوينه . بمرحلتين : مرحلة الانعقاد . ومرحلة الصحة . فما لا يجتاز مرحلة الانعقاد فهو باطل . وما يجتازها ، فهو متعقد . والعقد المتعقد يواجه المرحلة الثانية : وهي مرحلة الصحة . فإن لم يجتازها - فهو فاسد . وإن اجتازها فهو صحيح .

ولكن هل يكنى مرور العقد بمرحلة الصحة . حتى يفلح في إنتاج آثاره ؟  
القانون المعاصر يجيب بنعم . حيث إن آثار العقد ، تحت ظله ، ترتب  
عنه بمجرد قيامه ، أى بمجرد توافر أركانه . وبعبارة أخرى بمجرد انعقاده ،  
حتى لو كان يتطوى على سبب يصلح لإبطاله . مادام هذا الإبطال لم يقض به  
بالفعل . وهو لا يرتب آثاره بذاته . إلا بين عاقيه . فهو لا يرتب آثاراً ما  
في مواجهة غير عاقيه . طالما ظلوا أجنب عنه ، لم يشتركوا فيه بإقرارهم إياه .  
أما الفقه الحنفى ، فلا يسمح للعقد دواماً أن يرتب آثاره ، بمجرد أن  
يكون منعقداً وصحيحاً . ومن هنا كان انقسام العقود . بالنسبة إلى إنتاج آثارها  
إلى عقد نافذ وآخر موقوف .

فالعقد النافذ هو الذى ينتج آثاره . أو هو ذاك الذى يفيد حكمه . كما  
يقول فقهاء الشريعة . أما الموقوف فهو كما يدل عليه اسمه ، ذاك الذى  
تكون آثاره غير نافذة الآن . وتتطلب لنفاذها حصول إجازة العقد .

ونظام العقد الموقوف ، يقول به الفقه الحنفى ، والفقه المالكى . ولا يأخذ به  
الفقه الشافعى . كما أنه لا يأخذ به أيضاً الفقه الحنبلى في مجموعه <sup>(١)</sup> . وقد  
جاءت « المحلة » وهى كما نعلم : تكاد تكون مجرد تقنين للراجع في الفقه  
الحنفى . تأخذ بدورها بنظام العقد الموقوف . وجاءت المادة ١١١ منها .  
بصدد البيع . تقول : « البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير . كبيع  
الفضولى <sup>(٢)</sup> » . ثم جاءت المادة ٣٧٧ تقول : « المبيع الموقوف . يفيد  
الحكم عند الإجازة » .

---

(١) فهناك رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، يأخذ فيها بنظام العقد الموقوف .

(٢) يقصد ببيع الفضولى ، في ظل الفقه الإسلامى . ما نطلق عليه نحن ، في لغة القانون  
المعاصر ، « بيع ملك الغير » . ويجب التحرز من الخلط بين مدلول اصطلاح « الفضولى »  
في لغة فقهاء المسلمين ومدلوله في لغة القانون المعاصر . فالفضولى في لغة الأولين من الفضول أى  
التفضل ، في حين أنه الفضولى أو « الفضالة » في لغة القانون المعاصر أريد لها أن يكونا من  
الفضل ، اعتباراً بأن الفضالة تتمثل في قيام الشخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر ، دون  
أن يكون ملزماً بذلك قانوناً ( المادة ١٨٨ ) . وشتان بين الفضل والفضول .

ويمكن رد أسباب وقف العقد ، في الفقه الحنفى وفى « المجلة » . إلى أمرين أساسيين : نقص الأهلية . وتعلق حق الغير .

فالعقد الذى يبرمه ناقص الأهلية . وهو الصبي المميز والمعنوه <sup>(١)</sup> . ثم السفهيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما ، إذا كان دائراً بين النفع والضرر <sup>(٢)</sup> كالبيع والإيجار . يقع موقوفاً على إجازة الولى ( انظر المادة ٩٦٦ مجلة بشأن الصغير المميز . والمادة ٩٧٨ مجلة بشأن المعنوه ، والمادة ٩٩٣ مجلة بشأن السفهيه ) . وذلك بخلاف العقد الذى يبرمه عديم التمييز . وهو الصبي غير المميز ، إذ هو باطل أصلاً .

وللى جانب العقد الذى يبرمه ناقص الأهلية . يقع موقوفاً كل عقد يبرمه شخص ، ويكون من شأنه أن يؤثر فى حق متعلق بالغير . إذ هو يقع هنا موقوفاً على إجازة هذا الغير . ومثال ذلك بيع الفضولى ( بالمعنى الإسلامى لكلمة الفضولى <sup>(٣)</sup> ) ، أو بيع ملك الغير كما نقول فى لغة القانون المعاصر . إذ هو يقع موقوفاً على إجازة صاحب المال <sup>(٤)</sup> ( المادة ٣٧٨ مجلة ) . ومثال ذلك أيضاً بيع الراهن الشيء المرهون . يقع موقوفاً على إجازة المرتهن . وبيع الشيء المؤجر . حيث يقع موقوفاً على إجازة المستأجر . ومثال ذلك . فى النهاية . بيع النائب الذى يتجاوز به حدود نيابته . فهو يقع موقوفاً على إجازة الأصيل .

(١) المدعوه فى ظل الفقه الإسلامى أحنق ناقص الأهلية وليس عديمها . وهو فى ذلك يتخالف مع المجنون الذى هو عديم الأهلية ، وإن كانا يتفقان فى أنها محجور عيساً لذاتها ، أى لمجرد قيام حاله المته أو المجنون ، وبغير حاجة إلى حكم القاضى . أما فى قانوننا المصرى ، فالمعنوه يأخذ حكم المجنون فى أن كلا منهما يعتبر عديم الأهلية ، وإن كان ذلك لا يقع ، كأصل عام ، إلا بقضاء القاضى بتوقيع الحجر عليهما .

(٢) أما إذا كان عقد ناقص الأهلية نافذاً له نفعاً محضاً كان صحيحاً وناظراً بدون حاجة إن إذن وليه . وإذا كان ضاراً به ضرراً محضاً . فهو باطل أصلاً .

(٣) راجع ما سبق ص ١٦٦ هامش (٢) .

(٤) ويشترط هنا لإجازة بيع الفضولى ، أن يكون كل من البائع والمشتري وأهليز والشيء المبيع قائماً عند الإجازة . فإذا مات أحد هؤلاء الأشخاص ، أو هلك المبيع ، ما صححت الإجازة ، وانفسخ البيع ( انظر فى ذلك المادة ٣٧٨ من « المجلة » ) .

والعقد الموقوف . في فترة إيقافه . لا ينتج أثر ما ، برغم أنه منعقد وصحيح . وهو على ما يبدو . يكون موقوف الأثر . ليس فقط بالنسبة إلى العاقد الذي قام به سبب الإيقاف ، بل أيضاً بالنسبة إلى العاقد الآخر . فإذا باع ، مثلاً ، ناقص الأهلية ماله ، ووقع بيعه بالتالي موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه . ساغ له . إذا ما طالبه المشتري بتنفيذ البيع . أن يدفع بوقوفه . طالما أن إجازة وليه لم تلحقه . وكذلك الشأن تماماً بالنسبة إلى المشتري : لو طالبه البائع بدفع الثمن . مثلاً .

وبلاحظ الفرق الأساسي بين العقد الموقوف . في الفقه الإسلامي وبين العقد القابل للإبطال في القانون المعاصر . فهما ليسا صنفين . بل يكادان أن يكونا ضدّين . ففي حين أن العقد الموقوف لا ينتج أثره حتى يجاز . فالعقد القابل للإبطال ينتج أثره إلى أن يبطل . فالإجازة . في العقد الموقوف ، هي التي تجعله ينتج آثاره . ولكنها لا تجعل العقد القابل للإبطال ينتج أثره فهو ينتج ذلك الأثر قبلها . ومن يوم انعقاده . وتقتصر الإجازة بالنسبة إليه ، على أن تزيل عنه خطر البطلان الذي يهدده .

#### ٢٦٠ - (ج) بالنسبة إلى لزوم العقد :

رأينا أن العقد . في الفقه الحنفي وفي المحلة . لكي يصل إلى إنتاج أثره ، أو إفادة حكمه كما يقولون ، يلزم أن يمر بثلاث مراحل : الانعقاد والصحة والنفاد . ولكن هل معنى ذلك أن العقد . إذا مر بهذه المراحل الثلاث . يعتبر أنه قد وصل إلى النروة في مراتب العقد ؟ الجواب : لا .

فهناك لذلك مرحلة رابعة وأخيرة . تلك هي مرحلة اللزوم . ويقصد بفكرة « اللزوم » في العقد ، على وجه العموم . الحالة التي يكون فيها العقد مستعصياً على أن يفرد أحد العاقدين ، برغم إرادة الآخر ، بنقضه أي فسخه . ولما كان الفقه الإسلامي يتسم بالكثير من السخاء من حيث منح أحد العاقدين أو كليهما على حسب الأحوال . الرخصة في فسخ العقد بعد انعقاده . أو منحه « الخيار » في ذلك . كما يقولون . فإنه يمكن تعريف العقد اللزوم . على نحو ما تقول به

المجلة بأنه العقد « العاوى عن الخيارات »<sup>(١)</sup> ، أو هو العقد الذى لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه بعد انعقاده<sup>(٢)</sup> .

والخيارات التى يثبت بمقتضاها لأحد العاقدين الرجوع فى العقد بعد انعقاده ، والتى يترتب بالتالى على وجود أحدها أن يصير العقد غير لازم ؛ هذه الخيارات كثيرة . فى الفقه الإسلامى بوجه عام ، وفى المجلة بوجه خاص ، أهمها خيار الشرط<sup>(٣)</sup> ، وخيار الوصف<sup>(٤)</sup> ، وخيار النقد<sup>(٥)</sup> ، وخيار الرؤية<sup>(٦)</sup> .

---

(١) انظر المادة ١١٤ من المجلة .

(٢) راجع المادتين ٣٧٥ و ٣٧٦ من المجلة .

(٣) انظر فى خيار الشرط فى عقد البيع ، المجلة . المادة ٣٠٠-٣٠٩ .

(٤) انظر ، فى خيار الوصف فى البيع ، المجلة . المادة ٣١٠-٣١٢ .

(٥) انظر ، فى خيار النقد فى البيع ، المجلة ، المادة ٣١٣ - ٣١٥ .

(٦) انظر ، فى خيار الرؤية فى البيع ، المجلة ، المادة ٣٢٥ - ٣٢٥ .

## الباب الثاني

### آثار العقد

٢٦١ - تناولنا ، في الباب الأول ، قيام العقد . وتبيننا أنه يلزم لذلك أن تتوافر له أركانه . وهي الرضاء والمحل والسبب . فضلا عن الشكل في العقود الشكلية . والفرض الآن أن العقد قد قام صحيحاً . وإذا قام العقد ، وتمت له بالتالي مرحلة ميلاده . واجه بالضرورة المرحلة الثانية من مراحل مصيره . وهي مرحلة حياته . وتركز حياة العقد في إنتاج آثاره . ونحن نعلم هنا إلى تحديد تلك الآثار .

وتركز آثار العقد في وجوب أعمال ما جاء فيه . فإن قضى العقد بإنشاء التزامات معينة في ذمة كل من طرفيه أو في ذمة أحدهما فحسب ، قامت هذه الالتزامات ، وإن قضى العقد بتعديل حقوق قائمة أو نقلها أو إنهاؤها . أعمل فيها قضاؤه . والقانون في ذلك كله لا يفعل أكثر من تقريره إلزاماً ما يتضمنه العقد من أحكام . بإحاطتها بالجزاء الذي يكفل احترامها . وهذا ما يطلق عليه القوة الملزمة للعقد .

بيد أن هذه القوة الملزمة لا تكون بالضرورة إلا بالنسبة لطرفي العقد ومن يخلفهم في حقوقهم . ومن هنا نشأت قاعدة اقتصار آثار العقد على عاقلديه وخلفائهما ، أو قاعدة نسبية آثار العقد .

كما سبق يبين أن آثار العقد تلور حول فكرتين أساسيتين : القوة الملزمة للعقد . ونسبية آثار العقد . بيد أن دراسة هاتين الفكرتين تستلزم البدء بتحديد مضمون العقد . أي ما يتضمنه من أحكام . ثم إن تلك الدرامات تتطلب أن نعرض ، في نهايتها ، لتنفيذ العقد . لتحديد طريقة أداء الالتزامات التي من شأنه أن يولدها . من وجه . وليبيان الجزاء المترتب على عدم قيام المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد عليه : من وجه آخر .

هكذا يرتسم أمامنا مناهج دراسة هذا الباب . على أساس انقسامه إلى فصول أربعة : يحدد أولها مضمون العقد . ويعالج ثانياً القوة الملزمة للعقد ويتناول ثالثاً نسبية آثار العقد . ويعرض رابعاً لتنفيذ العقد .



# الفصل الأول

## مضمون العقد

٢٦٢ - لتحديد مضمون العقد . يلزم بادی ذی بدء أن نعرف معنى العبارات التي يتضمنها . وقد تكون هذه العبارات أو بعضها غامضة مبهمه: وهنا يلزم التفسير لاستجلاء المعنى . وبعد أن يظهر لنا المعنى المقصود من عبارة العقد . يلزم أن نحدد ما يتضمنه من أحكام . هكذا يلزمنا هنا أن نتكلم في تفسير العقد . ثم في تحديد مضمونه .

## المبحث الأول

### تفسير العقد

٢٦٣ - إذا ثار نزاع بشأن تنفيذ العقد . وجب بادی ذی بدء . أن نحدد معناه . واستخلاص معنى العقد يكون بتحديد ما قصده الإرادة المشتركة لعاقديه . فما ترتضيه إرادة أحد الطرفين وحدها لا يعتبر من أحكام العقد . والإرادة المشتركة لطرفي العقد أمر معنوی . ولكنه يستخلص أساساً من عبارة العقد . فضلاً عن الظروف والملابسات التي تكتنف إبرامه .

وعبارة العقد . من حيث إنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه . وبالتالي المعنى المقصود من العقد . تتخذ إحدى صورتين أساسيتين : فهي إما أن تجيء واضحة في الدلالة على ما قصده منها الإرادة المشتركة . وإما أن تجيء متسمة في ذلك بضموض . وتتناول كلا من هاتين الحالتين على التوالي :

### ٢٦٤ - (أ) وضوح عبارة العقد :

إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها على ما قصده الإرادة المشتركة ما كانت في حاجة إلى تفسير . ووجب على القاضي . كأصل عام . أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها . دون أن ينحرف عنه . وقد جاءت المادة ١٥١ في فقرتها

الأولى . تحلى هذا الحكم . قاضية بأنه : ١ - « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين »<sup>(١)</sup> . وهذا الحكم من المشرع تقنين للقاعدة الشرعية . التي تضمنتها المادة ١٤ من المحلة ، والتي تقول إنه : « لاسماع للاجتهاد في مورد النص » .

على أنه لا يكتفى . لاعتبار العبارة واضحة ، وبالتالي في غير حاجة إلى تفسير ، أن تكون واضحة في ذاتها . وإنما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة منها . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة . ومع ذلك يكتنفها الغموض والإبهام بالنسبة إلى حقيقة مدلولها . ومثال ذلك أن يحصل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد ، كما إذا جاء في هذا العقد أن الثمن الذى يلتزم به المشتري هو مائة ، ثم جاء في مكان آخر منه أن الثمن هو ثمانون . فالعبارتان السابقتان واضحتان . لو نظرنا إلى كل منهما على حدة . ولكن بتقريب إحداها من الأخرى ، يظهر غموض في حقيقة المقصود منهما . وهنا نكون في حاجة إلى تفسيرهما<sup>(٢)</sup> : لتعرف على حقيقة ما اترضته الإرادة المشتركة : إن كان لنا إلى ذلك سبيل .

#### ٢٦٥ - (ب) غموض عبارة العقد :

إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على المعنى المقصود منها . أو كانت متسمة في ذلك بلبس . بأن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى . تعين الالتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غامضها ، وتحديد حقيقة مدلولها .

وتفسير العقد يناط أصلاً بالقاضى . والقاضى : حينما يفسر العقد

---

(١) وهذا الحكم تقنين للقاعدة الشرعية القاضية بأنه « لاسماع للاجتهاد في مورد النص » والتي تضمنتها المحلة في المادة ١٤ منها .

(٢) راجع في الحالات التي يكون فيها الشرط محتاجاً إلى التفسير برغم وضوح دأ ، ألفاظ عبارته : نقض فرنسي عرائض ١٥ أبريل ١٩٢٦ ، D.H. ١٩٢٦ ص ٣١٧ نقض إجتهامى ١١ يونيو ١٩٤٢ ، D.C. ١٩٤٣ ، ١٣٥ وتعليق Flour . وانظر أيضاً نقض فرنسي تجارى ١٧/١٩٦٩/٢ ، Sem. Jur ١٩٦٩/٢٢، ١٩٦٩/٢٢ وتعليق Prieur

يستهدف البحث عما قصده الإرادة المشتركة لطرفيه <sup>(١)</sup> . وهو يتقصى هذه الإرادة المشتركة في العقد من مجموع وقائعه وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معاني ألفاظه أو عباراته ، ومع الاستبداء بطبيعة التعامل والفرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصده والعادات الجارية وهما ينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل . وفى ذلك تقضى المادة ١٥٠ / ٢ بأنه : « ٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستبداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى للمعاملات » .

فعلى القاضى ، وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك : عن طريق تفسير عبارات العقد الغامضة . أن يدخل فى اعتباره مجموع وقائع العقد ومجموع عباراته وشروطه أو بنوده . فالعقد كل لا يتجزأ . ثم إن عبارات العقد وبنوده قد يفسر بعضها بعضاً <sup>(٢)</sup> . على أنه أياً ما كان الأمر . فإن مجيء عبارة العقد على نحو معين ، يقتضى وجوب إعمال الظاهر الثابت فيها . إلى أن يثبت ما يدعوا إلى العدول عنه . وبشرط أن تبين المحكمة فى حكمها الأسباب التى دعته إلى عدم الأخذ بالمعنى الظاهر للعبارة : وأن تكون هذه

---

(١) وإذا كان تفسير العقد يقوم على استخلاص ما قصده الإرادة المشتركة لطرفيه . فإنه يمثل أمراً من أمور الواقع ، وبالتالي يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع . من غير تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض . انظر فى ذلك ما سيجىء ، نبذة ٢٦٧ .

(٢) انظر نقض ١٩٦٦/٣/١٠ طعن ١٤٤/٤٢٢ مجموعة النقض س ١٧ ٥٧٠ رقم ٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « لا يجوز للمحكمة ، وهى تعالج تفسير المهررات ، أن تمتد بما تقيده عبارة معينة من عبارات المهرر ، بل يجب عليها أن تأخذ بما تقيده العبارات بأكملها وفى مجموعها . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد وقف عند الشق الأول من البارة . . . دون اعتبار لما يكملها من عبارات تفصح عن معناها وحقيقة المقصد منها . فإنه يكون قد خالف قواعد التفسير وفسر تلك العبارات بما يشوه معناها ويعتبر مسخاً لها » . وانظر فى نفس المعنى : نقض ١٩٦٦/٦/٩ طعن ٣٩٤/٣١١ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٠ رقم ١٨٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « عبارات المهرر يكمل بعضها بعضاً وتفسيره إنما يكون على مقتضى ما تقيده جميع عباراته مجتمعة ، لا بما تقيده عبارات معينة منها » .

الأسباب سائغة ، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور <sup>(١)</sup> .

وينبغي على القاضي ، وهو في مجال التفسير ، ألا يقف بالضرورة عند المعنى الحرفي لألفاظ العقد وعباراته . فالعبرة في العقود ، كما هي في غيرها ، بالمقاصد والمعاني ، وليست بالألفاظ والمباني .

ثم إن على القاضي أن يستهدي ، في تفسير العقد ، بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجاري في المعاملات .

هذه هي بعض الأمور التي حرص المشرع على أن يوجه نظر القاضي إليها . ليستهدي بها وهو بصدد تفسير العقد . على أن هذه الأمور لا تعدو أن تكون مجرد إرشادات يقدمها المشرع للقاضي لمساعدته في التفسير . وهي من بعد ليست كل الإرشادات التي يمكن للقاضي أن يستعين بها <sup>(٢)</sup> . والمشرع .

(١) انظر نقض مصري ١٩٧٣/٦/٢١ ، مجموعة النقض س ٥٤ ص ٩٥٣ - نقض ٥٨/٦/١٩ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٥٧١ رقم ٧١ - نقض ١٩٦٤/٥/٧ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٥١ رقم ١٠٤ . وقد قضى بأنه إذا ألزم الحكم المعنى الظاهر لعبارة الشرط باعتبار أنه هو قصد المتعاقدين ، فإنه لا تكون ثمة ضرورة لإيراد أسباب أخرى تبرر الأخذ بالمعنى الظاهر ، إذ أن محل ذلك أن تكون المحكمة قد عدلت عن المعنى الظاهر إلى غيره ( نقض ١٥/٢/١٩٦٢ مجموعة النقض س ١٣ ص ٢٥٩ رقم ٤٠ ) . وانظر كذلك نقض ١٩٨٢/١/٢٨ ضمن ٤٨/١٣٢٧ ق المحاماة س ٦٢ ع ٧ و ٨ ص ٦ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم . بعد أن سجل القاعدة القضائية بأن لهجة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفق بمقاصد المتعاقدين ، مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ، جاء الحكم بعد تسجيل القاعدة السابقة ، يقول إن لهجة الموضوع يسلبها التقديرية في تفسير صيغ العقود « أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها ، طالما أنها قد بينت في أسباب حكمها لم عدلت عن الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذي اقتضت به ووجهت أنه مقصود المتعاقدين ، بحيث يتضح لهجة النقض من هذا البيان أن لهجة الموضوع قد اعتبرت في تأويلها لما على اعتبارات مقوله يصبح معها استخلاص ما استخلصت منه » .

(٢) من الأمور التي تثار حولها الجدل ، بالنسبة إلى تأثيرها على تفسير العقد . العدالة . والقاعدة ، في هذا الخصوص أنه يمكن للقاضي أن يستهدي بالعدالة في التفسير . في حدود مجتهده عن اقتصد مشترك للمتعاقدين . ولكن إذا كان قصد المتعاقدين واضحاً ، تعين على القاضي إعماله ، من غير أن يكون له أن يمتدحه ، حتى لو كان ذلك قد وقع منه بهدف تحقيق العدالة . فالعدالة نسبية تختلف من قاض إلى قاض . وعلى أية حال ، في الاستناد إلى العدالة ما قد جلد أمن العقود

إذ يقدم للقاضي إرشاداته ، لم يغفل عن أن التفسير هو في النهاية مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة .

#### ٢٦٦ - تفسير الشك لمصلحة من يفرضه الشرط الغامض :

تفسير العقد يصل بالقاضي إلى أحد أمرين : فهو إما أن يؤدي به إلى جلاء غموض عبارة العقد ، واستخلاص ما قصده الإرادة المشتركة على شكل يقيني قاطع يطمئن هو إليه ، وإما ألا يؤدي به إلى ذلك . فبقي عنده شك في حقيقة مدلول عبارة العقد .

ولا صعوبة في الحالة الأولى. حيث يعمل القاضي المعنى الذي استخلصه من عبارة العقد ، سواء أكان من شأنه نفع الدائن أو المدين .

أما في الحالة الثانية . وهي حالة وجود شك في مدلول عبارة العقد . فنثور بعض الصعوبة . فلا بد من أن يفسر هذا الشك لصالح أحد الطرفين . فمن عساه أن يكون ؟

يوجد في هذا المصدد قول مأثور . يصل في الفكر القانوني إلى مرتبة القاعدة الأساسية العامة ، ومؤداه أن : « الشك يفسر في مصلحة المدين » . وقد بلغ هذا القول من القوة إلى حد أن كثيراً من القوانين في البلاد المختلفة قد ضمته نصوصها . ومن هذه القوانين قانوننا المصري ، حيث جاءت المادة ١٥١ / ١ منه تقول : « يفسر الشك لمصلحة المدين » . وقد حدث حلو قانوننا المصري قوانين البلاد العربية الأخرى التي استوحته <sup>(١)</sup> .

---

= واستقرارها . عل أن ذلك ، إن كان صحيحاً تماماً من الناحية القانونية الفنية البحتة ، إلا أن واقع الحال لا يتفق معه دوماً . ففي حالات كثيرة ، يتأثر القاضي - وهو بشر ، بل بشر متميز بحاسة المدل - بالمدالة في تفسير العقود ، كما يتأثر بها في تفسير القانون . ولعل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي ، وكذلك تفسير عقد العمل أولاً ثم عقد النقل بعد ذلك عل أنه يتضمن الالتزام بضمان السلامة ، يعتبر أن ، في زماننا المعاصر ، مثاليين قلهم لتأثر القاضي بالمدالة في تفسير العقود ، ولو كان ذلك عل حساب إرادة الماقدين ، أو حق عل حساب حكم القانون نفسه .

(١) انظر القانون السوري ( المادة ١٥٢ / ١ ) والقانون الليبي ( المادة ١٥١ / ١ ) والقانون العراقي ( المادة ١٦٦ ) والقانون الأردني ( المادة ٢٤٠ / ١ ) .

والقول بأن الشك يفسر في مصلحة المدين بمجد ما يبرره قانوناً إذا كان مؤدى الشرط الغامض أن يحمل المدين بالتزام معين : أو أن يحدد كيفية أدائه إياه . كما هو الأمر الغالب في العمل . إذ أن الأصل هو براءة الذمة . فلا يمكن القول بانشغالها بالمدين ، إلا إذا كان ذلك أمراً قاطعاً . ومن ناحية أخرى ، يقع عبء إثبات وجود الدين على الدائن . فإن وجد شك في مديونية المدين . اعتبر الدائن أنه لم يفلح في إقامة الدليل على وجود دينه .

بيد أنه إذا كانت قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين بمجد ما يبررها عندما يكون مؤدى الشرط الغامض أن تشغل ذمة المدين بالمديونية ، فهي تفقد كل مسوغ : إذا كان مؤداه أن تخفف المسؤولية على المدين عما تقتضي به القواعد العامة ، أو يعفيه كلية من تلك المسؤولية . فلو أن شخصاً دهم . مثلاً ، آخر بسيارته . وثبت بالتالي للمضروب حق التعويض ، ثم اتفق هذا الأخير مع محدث الضرر على إعفائه من المسؤولية أو على تخفيف عبء تلك المسؤولية عنه . وثار بعد ذلك شك في تفسير هذا الشرط . ففي مصلحة من يفسر هذا الشك ؟ ولو أن عقد البيع أو الإيجار تضمن شرطاً من شأنه أن يعفى البائع أو المؤجر من ضمان المعجز في الشيء المبيع أو المؤجر أو من ضمان استحقاقه أو من ضمان العيوب الخفية فيه . ثم اعتراه شك في حقيقة مدلوله . ففي مصلحة من يفسر هذا الشك ؟ لو أننا أخذنا هنا بحرفية نص المادة ١٥١ / ١ التي تقتضي بأن الشك يفسر لمصلحة المدين . لوجب القول . في المثال الأول : بأن الشك يفسر في مصلحة محدث الضرر . لأنه هو المدين في الالتزام بالتعويض . وفي المثال الثاني . بأن الشك يفسر لمصلحة البائع أو المؤجر ، لأنه هو الملتزم بالتسليم وبالضمان .

وهذا القول لا يستند إلى مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، حينما يكون من شأن الشرط المقترن به أن يشغل مسؤوليته بالمدين ، والتي سبق لنا بيان أهمها . بل هو على النقيض من ذلك يتجاف تماماً مع تلك المبررات ، ويقوم على عكسها . ففي حالتنا ، نجد أن من شأن القواعد القانونية العامة ذاتها أن تشغل مسؤولية المدين . فإعفاؤه من هذه المسؤولية أو تخفيفها عليه هو الذي يحى نتيجة الشرط الغامض . ولما كان الأصل هنا

هو تقرير المسؤولية وفقاً لما يقررها القانون . وجب عدم القول بما يتغاير معها إلا إذا وجد شرط قاطع في الدلالة عليه . ومن ناحية أخرى ، يقع عبء إثبات الشرط الذي يتغاير أحكام المسؤولية وفقاً لما يقضى به القانون على من يدعى تلك المغايرة . فإن ادعى المدين وجود مثل هذا الشرط ، لزمه هو أن يقدم الدليل على وجوده بشكل يقيني قاطع .

هكذا يبين أن أعمال نفس المبررات التي تسوغ تفسير الشك لمصلحة المدين ، حينما يكون من شأن الشرط أن يشغل مسؤوليته ، يؤدي إلى وجوب تفسير الشك ضد المدين ، إذا كان من شأن الشرط الغامض أن يعفيه من المسؤولية ، أو يخففها عليه عما تقضى به القواعد القانونية العامة <sup>(١)</sup> .

ومن المقطوع به أنه إذا كان مؤدى الشرط الغامض أن يعفى المدين من المسؤولية التي تلزمه بمقتضى القواعد القانونية العامة ، أو يخففها عليه ، فإن الشك يفسر على النحو الذي يتفق أكثر مع ما تقضى به تلك القواعد العامة ، أي أنه يفسر ضد مصلحة المدين ولمصلحة الدائن .

وقد أراد بعض فقهاءنا أن يجد لذلك مخرجاً يتسق مع القاعدة التي تقضى بأن الشك يفسر لمصلحة المدين . فقال إن هذه القاعدة إنما وضعت ليستأنس بها القاضى ، دون أن يتقيد بها ، شأنها في ذلك شأن غيرها من قواعد التفسير . ثم إن لهذه القاعدة مبررات أدت إلى وضعها ، فإن تخلفت هذه المبررات ، وجب عدم تطبيقها وساغ تفسير الشك لمصلحة الدائن <sup>(٢)</sup> .

---

(١) وقد أدى ذلك بالأستاذ السهورى إلى أن يقول : « كذلك إذا تمارست قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين مع قاعدة تفسير شرط الإحفاء من المسؤولية تفسيراً دقيقاً ، قلعت القاعدة الثانية حل الأول ( الوسيط ج ١ ط ٢ ص ٦٨٧ هامش ١ ) ، ولكن الأستاذ الكبير لم يقدم لنا أى سند قانونى لما وصل إليه . انظر في نقدنا لما أورده فقهاءنا الصالح السهورى في مؤلفه الفذ « نظرية العقد » في شأن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٩١ ص ١٤٢ وهامش ٢ . وقد أسعدنا أن يتأثر أستاذنا الكبير بنقدنا ، فيقول في مؤلفه الوسيط ج ٦ نبذة ١٦١ ص ٢٠٣ إن « المقصود بالمدين في القول بأن الشك يفسر لمصلحة المدين هو المتعاقد الذى يقع عليه عبء الالتزام أو الشرط » . وهو بهذه المثابة أصبح يقول مثلنا إن الشك يفسر لمصلحة من يفسره الشرط الغامض ، ولو كان دائناً بالالتزام .

(٢) راجع السهورى ، نظرية العقد ، نبذة ٨٤٠ . والظاهر أن فقهاءنا الكبير قد عدل عن =

ولا يمكننا التسليم بهذا الرأي ، فزاده أن يكون للقاضي الخيار في أن يطبق قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين أو لا يطبقها . في حين أن المشرع على تلك القاعدة على صيغة أمر موجه إلى القاضي . لا يستطيع عنه حولا .

والرأى عندنا هو أنه يلزم الأخذ دائماً بقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين . كل ما في الأمر هو وجوب أن يفسر لفظ « المدين » هنا ، لا على أساس معناه الفني العادي المؤلف . أى الشخص الذى يتحمل عبء الالتزام . ولكن على أساس أنه يعنى الشخص الذى من شأن أعمال الشرط أن يضره . حتى لو كان دائماً في الالتزام . وهذا التفسير يتفق مع الحكمة التى يتوخى المشرع تحقيقها . فالشرط هو الذى يعتريه الغموض . وهو الذى يتناوله التفسير . ومن ثم يلزم أن يفسر الشك الذى يعتريه لمصلحة من يضره وجوده . وبعبارة أخرى أقل دقة . يفسر الشك لمصلحة المدين في الشرط . ولو كان هو دائماً بالالتزام . حقيقة إنه يغلب أن يكون المدين في الشرط هو المدين في الالتزام . لأن الشروط تقرر عادة المسئولية على الأشخاص . ولكن قد يكون المدين في الشرط . بمعنى الشخص الذى يضره أعماله : هو الدائن بالالتزام . كما هو الأمر بالنسبة إلى الشرط الذى يعنى محدث الفعل غير المشروع من المسئولية عن عمله أو يخففها عليه . وكالشرط الذى يعنى البائع أو المؤجر من المسئولية عن العجز في العين أو من المسئولية عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية <sup>(١)</sup> .

وسواء أخذنا في قولنا : « إن الشك يفسر لمصلحة المدين » : بالمعنى العادى المؤلف للفظ « المدين » . أى الشخص الذى يتحمل عبء الالتزام . أم بمعنى الشخص الذى يضره أعمال الشرط الفاض ، وبعبارة أخرى .

= رأيه هذا ، بتأثير من نقدنا إياه في مؤلفنا عقد الإيجار (نبذة ٩٦) ، فلم يشر إليه في كتابه « الوسيط في شرح القانون اذنى الجديد » . بل إنه أخذ يقول مثلاً بأن المقصود بندين ، في القول بأن الشك يفسر في مصلحة المدين ، هو «متناقه الذى يقع عليه عبء الشرط ، وان جمع معه عبء الالتزام ( راجع لستورى ، الوسيط ج ٦ نبذة ١٦١ . وانظر ما سبق ص ٣٧ هامش (١) ) .

(١) انظر في هذا المعنى : مؤلفنا عقد الإيجار ج ١ ، نبذة ٩١ .



المدين في الشرط ؛ سواء أخذنا بهذا المعنى أم بذاك . فإن التفسير لا يكون في صالح المدين ، إلا إذا قام الشك حقيقة حول ما قصدته الإرادة المشتركة . فإن كان الشرط واضحاً في دلالته ، أو كان غامضاً ، ولكنه كان من الممكن جلاء غموضه والوصول إلى حقيقة مدلوله على شكل يقينى قاطع ، وجب إعمال الشرط كما هو . وامتنع على القاضى التحول عنه ، تحت ستار وجود شك في حقيقة مدلوله ، حتى لو كان في هذا التحول نفع ظاهر للمدين .

فأول واجب يلقيه القانون على عاتق القاضى ، وهو أمام الشرط الغامض الذى يتلمسه عند قيامه بتفسير العقد . هو أن يحاول تبديد غموضه ما استطاع إلى ذلك سبيلا . فإن أفلح في ذلك . أنفذ الشرط الذى جلا غموضه ، سواء أكان في مصلحة هذا العاقد أم ذاك <sup>(١)</sup> . فإن لم يفلح ، وبقي شك في حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة من الشرط ، تعين عليه تفسير هذا الشك في مصلحة العاقد الذى يضره الشرط . سواء أكان دائماً أم مديناً . فإن لم يفعل ، اتسم حكمه بمخالفة القانون ، وكان حرياً به أن تسلط عليه محكمة النقض سيف رقابها ، فتقضيه . فتفسير الشك في مصلحة من يضره الشرط الغامض . أو ما نستطيع ، مع شيء من التجاوز ، أن نطلق عليه المدين في الشرط . هو مسألة قانون ، لمحكمة النقض فيها سلطان الرقابة <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان الأصل العام هو أن الشك الذى يعتري الشرط الغامض يفسر في مصلحة من يضره الشرط دائماً كان أم مديناً ، فإنه يرد على هذا الأصل استثناء هام في مجال عقود الإذعان ، حيث يفسر الشك دوماً في مصلحة الطرف المذعن (المادة ١٥١/٢) ، حتى لو كان من شأن الشرط الغامض أن يفيد . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذا الأمر عند الكلام في عقود الإذعان <sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر نقض مدنى مصرى ١٤/١٢/١٩٤٤ ، مجموعة عمرج ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن الاختيار ( بمعنى الشك ) في الفرض المقصود من المشاركة الذى يجب معه تفسير المشاركة بما فيه الفائدة للصعيد ( المدين ) هو الاختيار الذى يقوم في نفس القاضى لخلو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفيد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت في اقتناع تام ، من أدلة الدعوى المرفوعة على المشتري بمطالبته بشن التعلل المبيع له ، أنه تسل المبيع ، ثم قضت بإثرائه بالتمتع ، فإن حكمها يكون سليماً ولا غبار عليه .

(٢) انظر ما سبق ، نبرة ٢٦٧ .

(٣) راجع ما سبق ، نبرة ٢٠١ .

## ٢٦٧- تفسير العقد من سلطة قاضي الموضوع ، مدى القاعدة .

وحدودها :

تفسير العقد ، اعتباراً بأنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه .  
يتمثل أمراً من أمور الواقع . ومن ثم فهو يدخل في سلطة قاضي الموضوع  
التقديرية ، دون أن يكون عليه في ذلك معقب من محكمة النقض ، طالما كان من  
شأن عبارة العقد أن تحمله<sup>(١)</sup> . وفي ذلك يختلف تفسير العقد اختلافاً جلياً عن  
تفسير القانون<sup>(٢)</sup> . الذي يتمثل مسألة قانون في الدرجة الأولى . وتسير  
معاكماً على رأسها محكمة النقض . شأنها في ذلك شأن المحاكم في البلاد المختلفة ،  
لأسباب محكمة النقض في فرنسا . في هذا الاتجاه على نحو مستقر مطرد ثابت<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر في اعتبار تفسير العقد من مسائل الواقع ، والتمييز بين تفسير العقد وتكييفه  
ومخالفة أحكامه ، استاذنا الكبير في جامعة Toulouse بفرنسا العلامة Marty في رسالته  
الشهيرة من الواقع والقانون المقدمة لجامعة تولوز سنة ١٩٢٩ . وانظر كذلك مقال : دور  
القاضي في تفسير العقود Trav. Ass. Capitane ١٩٤٩ ص ٨٥ وما بعدها . وانظر أيضاً  
استاذنا الكبير السجوري ، الوسيط ج ١ لعدد ٣٨٨ .

(٢) حدث في فرنسا ، على أثر صدور مدونة نابليون ، وما جاءت به في المادة ١١٣٤ من  
أن الاتفاقات الصحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها ( وهو نفس الحكم الذي تضمنته  
القانون المائي المصري بقوله ، في المادة ١٤٧- منه ، إن العقد شريعة المتعاقدين ) بنفس اللفظ .  
الأمر الذي أدى في البداية بمحكمة نقض باريس إلى إخضاع تفسير العقود لرقابتها . اعتباراً بأن  
العقد يعتبر قانوناً للمتعاقدين . ولكن المحكمة العليا الفرنسية سرعان ما رجعت عن رأيها الظاهر  
الخطأ ، لتستقر على الرأي السليم ومؤداه أن قضاء محكمة الموضوع . طالما اقتصر على تفسير العقد ،  
ومن غير تغيير في آثاره أو تعديل فيها أو إيقاع منها ، لا يخضع لرقابتها . وقد حدث منها على  
أثر حكمها الشهير الصادر منها بملأها المصمتة بتاريخ ٢ فبراير ١٨٠٨ ( سيري ١٨٠٨ - ١٠ -  
١٨٣ ) .

(٣) وأحكام محكمتنا العليا تتواءم قاضية في عبارات واحدة أو متقاربة أن لمحة الموضوع  
السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط بما تراه أوفى بمقصود المتعاقدين ، مستتية في ذلك بجميع  
ظروف الدعوى وملابساتها ، ولا رقابة لمحة النقض عليها في ذلك متى كان تفسيرها تخصصه عبارة  
العقد . أو الشرط . انظر في ذلك : نقض ١٩٨٢/١/٢٨ طعن ١٣٢٧/٤٨ ق ، الهامة ٦٢  
ع ٧ ص ٨٠ - نقض ١٩٧٤/١١/٢٦ طعن ٣٩/٢١٣ ق مجموعة النقض ٣٥ ص ١٢٩١ وتم  
رقم ٢٢٠ - نقض ١٩٧٠/١/٨ طعن ٣٥/٤٦٩ ق مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٥١  
رقم ٩ - نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ طعن ٣٥/٥٥٦ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٣٤٤ رقم ٥٦ - -

على أنه يلزم ، لاعتبار عمل القاضي ، في مجال تفسير العقد ، من مطلقات سلطته التقديرية ، وخروجه بالتالي على رقابة محكمة النقض ، أن يكون . في ذات حقيقته ، تفسيراً ، لا أن يلبس ثوبه ويأخذ مجرد مظهره .

فلذا كان التفسير يقوم على استخلاص قصد العاقلين المشترك من عبارات العقد وغيرها مما لا يلبس العقد من وقائع . فإنه يلزم أن تكون هذه العبارات أو الوقائع موجودة فعلاً وثابتة حقيقة ، في الدعوى ، لا أن تكون وهمية اعتد القاضي بوجودها . حالة كونها . في واقع الأمر ، معدومة (١) . ففي مثل هذه الحالة . القاضي في حقيقة الأمر . لا يفسر العقد . ولكنه ينشئ - في أحكامه . وهو عمل لا يدخل في سلطته . ومن ثم كان للمحكمة العليا أن تعقب عليه فيه لتنقض حكمه (٢) .

ثم إنه ينبغي أن يكون استخلاص القصد المشترك للعاقلين من عبارات العقد وكافة وقائمه . على نحو ما وصل القاضي إليه . سائفاً ومقبولاً ، بأن يكون من شأنها أن تؤدي إليه عقلاً ومنطقاً . فإن لم يكن ذلك كذلك . فإن

= نقض ١٩٧٣/١١/٢٨ طعن ٣٦/٧٨ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١١٦١ رقم ٢٠١ - نقض ١٩٧٣/١٢/١٧ ، مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٢٦٨ رقم ٢٢٠ - نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ ، مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٠٤ رقم ٢٢٩ - نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ مجموعة النقض س ١٨ ص ١١٢٩ رقم ١٦٧ - نقض ١٩٦٨/١١/١٤ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٦٥٩ رقم ٢٥١ . (١) راجع السبوري : المرجع السابق ، نبذة ٣٨٨ - وانظر نقض مدني ١٩٣٤/٣/١ مجموعة عمر ج ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ - وقارن نقض مدني ١٩٣٥/٣/٢٧ ، مجموعة عمر ج ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠ .

(٢) انظر : تمييز الكويت ١٩٧٤/٢/٢٠ طعن ١٩٧٣/٣٦ . وقد جاء في هذا الحكم : « من المقرر أنه وإن كان لهكئة الموضوع السلطة في تفسير العقود أو الشروط المختلف عليها بما تراه هي متفقاً مع مقصود العاقلين ، وأن لها - بهذه السلطة - أن تعمل في المنع الظاهر لعبارة العقد أو الشرط ، إلا أن عليها في هذه الحالة أن تبين في حكمها أسباب عدوها عن المدلوز الظاهر للبارة إلى خلافه ، والكيفية التي استفادت بها ذلك المنع الذي أعذت به وانتهت إلى أن إرادة الطرفين اتجهت إليه ، بحيث يتضح من هذا البيان الذي توردته بالأسباب أنها قد اعتدت في تأويلها على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص النتائج التي رتبها عليها . فإذا جرى الحكم في قضائه على تحريف قصد المتعاقدين من عبارات العقد الظاهرة ، دون أن يفصح عن وجه استدلاله قصداً كما اتهم إلى الموارد التي استمد منها ، فإنه يكون معيباً بالقصور بها يستوجب تمييزه .

عمل القاضى لا يعتبر فى حقيقته تفسيراً لوقائع العقد . وإنما خروجاً عليها وانحرافاً عنها ، ومن ثم كان للمحكمة العليا أن تعقب عليه لتتقضيه .

يخلص من كل ماسبق أن تفسير العقد . طالما أنه فى حقيقته كذلك ، بأن قام على استخلاص القصد المشترك للعاقدين من وقائع موجودة وثابتة فى الأوراق ، وكان هذا الاستخلاص سائغاً ومقبولاً عقلاً ومنطقاً ، ولم يستر وراءه خروجاً عن أحكام العقد ؛ إذا كان تفسير العقد على هذا النحو ، فإنه يعتبر مسألة من مسائل الواقع ، ويخرج بالتالى عن رقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

على أنه يستثنى من قاعدة أن تفسير العقد يتمثل مسألة واقع تدخل فى رحاب سلطة قاضى الموضوع التقديرية . الحالات التى ينص فيها القانون على حكم معين ، لا على نحو إرشادى وتوجيهى فى استخلاص القصد المشترك للعاقدين . وإنما على نحو إلزامى وجوبى يتحم على القاضى اتباعه فى التفسير . ففى مثل هذه الحالات ، يتوجب على القاضى الالتزام فى التفسير بما يمليه عليه المشرع ، وإلا اعتبر أنه قد خالف القانون ، ولم يقف عند مجرد استخلاص واقع ، وخضع حكمه بالتالى لرقابة محكمة النقض . ومن الحالات التى نحن بصدها حالة وجوب تفسير الشك فى الشرط الغامض فى مصلحة من يضره الشرط (المادة ١٥١ / ١) ، وحالة وجوب تفسير الشك فى عقود الإذعان دوماً فى مصلحة الطرف المدعى ، دائماً كان أم مدينأ (المادة ١٥١ / ٢) . فلماذا لم يفسر القاضى الشك<sup>(٢)</sup> فى الشرط الغامض لمصلحة من عساه أن يضره الشرط .

---

(١) ولا يغير من كون تفسير العقد مسألة واقع ، وعارضة بالتالى من رقابة محكمة النقض ، ألا يتقيد القاضى ، وهو يفسر العقد ، بالأمر الذى أوردتها المشرع كمناصر يستلزم بها فى استخلاص القصد المشترك للعاقدين ، كما هو الشأن فى قول المشرع بعدم الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ والاستبداء بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ٢/١٥١) . فهذه الأمور لا تملو أن تكون مجرد معايير إرشادية للقاضى أن يستأنس بها ، وهو يقوم بالتفسير ، أو هى ، كما قيل ، مجرد نصائح وإرشادات للقاضى ، بحيث إن القاضى لا يعتبر أنه قد خالف القانون إن لم يتقيد بها (راجع فى هذا الخصوص Mazzaud المرجع السابق ، نبرة ٣٤٠ - السهورى ، المرجع السابق ، نبرة ٣٨٨) .

(٢) بل إن القول من القاضى بأن ثمة شكاً فيما قصده الإرادة المشتركة أم لا يخضع لرقابة محكمة النقض . إذ أن هذا القول لا يعتبر فى حقيقته تفسيراً ، وإنما هو تكيف . والتكيف =

وإذا لم يفسر الشك في عقد من عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن ، حتى لو كان الشرط الغامض في مصلحته ، فإن القاضي يكون قد خالف القانون . ولم يقف عند مجرد استخلاص واقع ، مما يجعل حكمه خليقاً بأن يعمل فيه سيف الرقابة من محكمة النقض ، فينقض .

وإذا كان تفسير العقد يعتبر مسألة واقع ، في الحدود التي بينها ، فإن تكييف العقد أو تكييف أى حكم فيه ، أى إعطائه وصفه القانوني . بيعاً كان أم إيجاراً مثلاً . يعتبر مسألة قانون في الصميم . ويخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض <sup>(١)</sup> .

٢٩٨ - ويلاحظ أنه . إذا كانت القاعدة هي أن تفسير العقد يتمثل مسألة واقع . ويخرج بالتالي عن رقابة محكمة النقض : على نحو ماسبق لنا أن بيناه ، فإنه يوجد في الفكر القانوني الفرنسي فقهاً وقضاء اتجاه قوى للتضييق من نطاق سريان هذه القاعدة : وعلى الأخص بالنسبة إلى العقود ذات الصفة التنظيمية . ونعني بها العقود التي تكتب في صيغة موحدة لتتكرر في شأن أشخاص كثيرين . كالعقود النموذجية Contrat-type وعقود الإذعان لاسيما عقد التأمين . وقد توجت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بالنسب عليه في قضائها <sup>(٢)</sup> .

وهذا الاتجاه من الفكر القانوني الفرنسي هو اتجاه محمود ، يتوجب السير عليه . في ظل قانوننا . إذ أن من شأنه أن يعمل دور محكمة النقض التوحيدي في القضاء : فلا يختلف مدلول شرط معين في عقد عن مدلوله .

---

= مسألة قانون : ونبتت مسألة واقع ، ومن ثم فهي تدخل في رقابة المحكمة العليا . راجع في هذا الاتجاه : السبوزي ، المرجع السابق ، نية ٣٨٨ .

(١) نقض ١٩٦٩/٢/٤ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٢٤٧ رقم ٣٩ .

(٢) انظر نقض فرنسي مدني ١٨ مارس ١٩٤٢ ، سي ١٩٤٢ - ١ - ١٣ وتعليق

Houin - نقض فرنسي مدني ٤ مايو ١٩٤٢ D.C. ١٩٤٢ - ١ - ١٣١ وتعليق

Besson . وراجع في اتجاه الفكر القانوني الفرنسي لإخضاع تفسير العقود ذات الصفة

التنظيمية لرقابة محكمة النقض ، Marty et Raynaud المرجع السابق ، نية ٢٢٠ - Marty ،

رسائل السابقة الإشارة إليها ، نية ١٥٨ .

هو بذاته ، في آخر . والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة بين الناس ، ويجعل أمرهم رهيناً بصدفة عرضه على محكمة أو على أخرى : مما يهز الثقة في القضاء ويخدش العدالة . وفضلاً عما سبق ، فإن شيوع شرط معين بصيغة موحدة في عقود كثيرة تفرض في العادة على أشخاص متعددين : يبعد بعض الشيء الشرط التعاقدى عن مألوف طبيعته الرضائية الفردية . ليسير خطوات ، وإن كانت جد قليلة ، في طريق الحكم القانوني ، مما جعل البعض من الفقهاء ينتون مثل هذا الشرط بالقانون الخاص *loi privée* ، تمييزاً له عن القانون بمعناه الأصيل <sup>(١)</sup> .

### المبحث الثاني

#### تحديد مضمون العقد

٢٦٩ - تحديد مضمون العقد ، أى بيان الأحكام التى يشتمل عليها . من الأهمية بمكان . فآل العقد إلى تنفيذه . ويتم تنفيذه بإعمال الأحكام التى يتضمنها . فلا بد إذن من أن نتعرف على تلك الأحكام .

وإذا كان من الظاهر القول بأن العقد يتضمن الأحكام التى ينبجى بها شروطه ، وتلك التى يقضى بها القانون ويكون من شأنها أن تسرى عليه ، فإن ثمة سؤالا طرح نفسه على الفكر القانوني ، فقهاً وقضاه وتشرعاً ، حول ما إذا كان العقد يقف عند هذه الأحكام وتلك ، مقتصرأ عليها وحدها ، أم أنه من الممكن أن يدخل فيه غيرها . وتواجهت : في هذا الخصوص ، نزعة تعتمد إلى الحد والقصر ، استناداً إلى الرغبة في تسويد مبدأ سلطان الإرادة بالوقوف عنده وعدم الخروج عليه . ولكن هذه النزعة لم يكتب لها النصر ، وما كان ليكتب لها ، على الأخص بعد أن أخذت تتغلغل في ثنايا العصر الذى نعيشه فكرة العدالة الاجتماعية . وسرعان ما انسقر الفكر القانوني على شيء

---

(١) انظر في ذلك *Marly* ، المرجع السابق . ويقول الفقيه الفد في خصوص العقود ذات الصفة التنظيمية *à titre replemenative* ، بأن المرء لا يوجد في مجال التفسير ، ولكن في مجال التنظيم . ويستطرد قائلاً إن دواهي إبعاد التفسير من رقابة محكمة النقض لا تتواجد ، منما يكون في حقينة الواقع يصدر قانون خاص *Loi Privée* يضعه أحد طرفي العقد ويرفضه الآخر .

معقول من التوسعة في مضمون العقد . ومن غير إسراف أو شطط . ومؤدى . هذه التوسعة أن يدخل في مضمون العقد ، إلى جانب الأحكام التى يحى بها عاقداه ، وتلك التى يقضى بها القانون فى شأنه ، ما يعتبر من نوابع العقد ومستلزماته . ووجدت هذه التوسعة مكانها المرموق بين دقات كثير من المدونات القانونية المعاصرة . ولم يتخلف قانوننا المصرى الحالى عن الركب . فجاء بدوره ، يتضمنها ، قاضياً فى المادة ٢/١٤٨ بأنه : « ٢ - ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

ونحن نحمد لمشرعنا هذا الاتجاه فى التوسعة فى مضمون العقد . . وإذ هو يفعل ذلك ، نقدر ما أدته هذه التوسعة ، عبر السنين ، من جليل النفع . وما الالتزام بضمان السلامة ، الذى أدخل بادية ذى بدء فى نطاق عقد العمل . ثم بعد ذلك فى نطاق عقد النقل . والزام العامل بعدم إفشاء سر العمل . والتزامه بالامتناع عن منافسة رب العمل فى تجارته ، إلا مجرد أمثلة لما أضفته تلك التوسعة على عالم القانون من يانع الثمار .

وهكذا نجد أن الأحكام التى يشملها العقد ترتد إلى أربعة أنواع أساسية .  
هى الآتية :

أولاً : الأحكام التى تتضمنها شروط العقد ذاتها . صراحة أو ضمناً . ومثال ذلك أن ينص فى عقد البيع على كيفية تسليم المبيع وتاريخ حصوله . ومكانه ومقدار الثمن وكيفية دفعه وتاريخ هذا الدفع ومكانه .

ثانياً : الأحكام التى تقضى بها العادات الجارية فى المكان الذى أبرم فيه العقد . لاسيما العادات التجارية . طالما أنها معروفة من العاقدين كليهما . وبشرط أن تكون العادة مطردة غالبية ، يسير عليها الناس فى سوادهم . وإن خالفها قلة منهم . إذ أنه يفترض هنا أن المتعاقدين قصدا تطبيق حكم العادة فى شأنهما ، ما لم يثبت العكس . وهذه هى العادة الاتفاقية <sup>(١)</sup> . وإذا كانت المادة ١٤٨ / ٢ لم تذكر الأحكام التى تتضمنها العادات الجارية باعتبارها داخلية

---

(١) انظر فى المادة الاتفاقية ، مؤلفنا : نظرية القانون ، نلدة ١٢٣ وما بعدها .

في مضمون العقد ، فذلك إلا لأن هذه الأحكام تعتبر كما لو كان العاقدان قد اتفقا عليها ، مادام لم يستبعداها . فهي إذن بمثابة الأحكام التي تأتي في شروط العقد .

ثالثاً : الأحكام التي تقضى بها القواعد القانونية السارية على العقد ، سواء أكانت هذه القواعد راجعة في مصدرها إلى التشريع أو إلى العرف . فالعقد يشمل . إلى جانب الأحكام التي تتضمنها شروطه : تلك التي تقضى بها القواعد القانونية التي من شأنها أن تنطبق عليه . سواء أكانت هذه القواعد عامة . بمعنى أن كان من شأنها أن تسرى على نوعية العقد الذي نحن بصددده كما تسرى على غيره ، أم كانت خاصة بنوعية هذا العقد وحدها ، مع وجوب التفرقة هنا بين القواعد الآمرة التي يجب اتباعها . حتى لو اتفق على خلافها . وبين القواعد المقررة أو المفسرة التي لا تتبع . إلا إذا لم يتفق على خلافها .

رابعاً : الأحكام التي تعتبر من مستلزمات العقد . فالعقد يشمل . إلى جانب الأحكام التي تتضمنها شروطه . وتلك التي تقضى بها القواعد القانونية . والعادات التي من شأنها أن تسرى عليه . الأحكام التي تعتبر من مستلزماته . حتى لو لم يرد لها ذكر فيه .

فكل ما يعتبر من مستلزمات العقد يدخل في مضمونه . حتى لو لم يكن له ذكر فيه ، أو لم ترد به قاعدة من قواعد القانون . والمقصود بمستلزمات العقد الأمور التي تختمها طبيعته والغاية التي يستهدفها ، وفقاً للقانون والعرف والعادة . ومع مراعاة مقتضيات حسن النية وشرف التعامل . ومثال ذلك أن طبيعة عقد النقل بالتاكسي : الذي يسير بالعداد ، تقتضي من صاحبه أن ينقل الراكب إلى مكان الوصول سالكاً به أقرب طريق ممكن ، فإن لم يراع ذلك . اعتبر مخلاً بالتزام يحمله به العقد . برغم أن مثل هذا الالتزام لا يرد ذكره عادة فيه . إذ أنه يعتبر من مستلزماته . وفقاً لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل . ومثال مستلزمات العقد كذلك ما قضت به محكمة النقض من تحميل وزارة الداخلية بالالتزام بحفظ أدوات ومعدات وأواني متعمده تعاقدها معها على تقديم أغذية ساخنة لأفراد اعتقلتهم في معتقل الهاكسب ،



برغم أن ذلك الالتزام لم يذكر صراحة في العقد<sup>(١)</sup>.

تلك هي الأحكام التي ينطوي العقد عليها ، وهي التي تنظم العلاقة بين طرفيه ، وتحدد ما لكل منهما على الآخر من حقوق ، وما عليه قبله من التزامات . وتحديد مضمون العقد ، أو مشتملاته ، مسألة من مسائل القانون يكون لمحكمة النقض فيها الرقابة على ما تقضى به محكمة الموضوع<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/٥/٢٨ طعن ٣٤/٢٣٧ في مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٠١٤ رقم ١٥١ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن وزارة الداخلية تعاقدت مع متعهد على أن يقدم الطعام المعتقلين في الحاكسب لمدة ثلاثة أشهر ، على أن يكون الطعام في أربعة وأدوات نظيفة وأن يكون سائناً . فسح العقد لإخلال المتعهد بالتزاماته ، طالب المتعهد بمقابل قيمة الأدوات والأواني التي تلفت ، تأسيساً على التزام وزارة الداخلية بحفظها . دعت الوزارة بأن العقد لم يتضمن في نصوصه مثل هذا الالتزام ، وأنها إذا كانت مسئولة عن تلف الأدوات والأواني ، فإن مسئوليتها تقصيرية وأنها تقادمت بمرور الزمن . أخذت المحكمة الابتدائية بوجهة نظر الوزارة . ولكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم الابتدائي ، قاضية بالتزام الوزارة بحفظ أواني المتعهد ، تأسيساً على أن هذا الالتزام ، وإن كانت نصوص العقد لم تصرح به ، إلا أن العقد مع ذلك يتضمنه ، اعتباراً بأنه من مستلزماته ، وانتهت المحكمة إلى تقرير مسئولية الوزارة عن تلف أدوات المتعهد وأواني تأسيساً على المسئولية العقدية ، وبرغم أن العقد نفسه كان قد فسح . وقد باركت محكمة النقض قضاء محكمة الاستئناف ، رافضة ما نمي عليه من مخالفة القانون ، تأسيساً على أنه استخلص استخلاصاً سائناً ، في تحديد نطاق العقد ، أنه يتضمن التزاماً على وزارة الداخلية بالمحافظة على أواني المتعهد وأدواته ، وأن هذا الالتزام مستند من طبيعة الالتزامات التي يورثها العقد ويقتضيها تنفيذه ويتسق له حكم المادة ١٣٨ مدق قديم ( المراقبة للمادة ١٤٨ من القانون المدق الحال ) . وانظر : نقض ١٩٧٧/٥/١٦ طعن ٤٣/٨١١ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ١٢١٤ رقم ٢٠٩ وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً تعاقد مع القوات المسلحة على توريد كمية من الطمس ، ثم استورد تلك الكمية من سوريا . ولكنه لم يستطع تسليمها للقوات المسلحة . ادعى مسئولية القوات المسلحة تأسيساً على إخلاله بالتزام يقع عليها . ولو لم ينص العقد عليه ، اعتباراً بأنه من مستلزماته ، وطوى هذا الالتزام أن تقدم القوات المسلحة له التجهيزات اللازمة للتخليص على البضائع من الجمارك وتحويلها إلى سوريا . رفضت محكمة النقض اجبار مثل هذا الأمر من مستلزمات عقد النزاع .

(١) راجع : السجوري ، المرجع السابق نبذة ٤٠٨ .

## الفصل الثاني.

### القوة الملزمة للعقد

٢٧٠- الأصل في العقد أنه يلزم عاقيه بكل مايجيء فيه . فهو يتضمن قوة تحم على طرفيه الرضوخ والإذعان له في كل مايجتويه . وبعبارة أخرى : هو يتضمن قوة ملزمة لطرفيه باحترامه . وبالنسبة إلى كل أحكامه . فالعقد بالنسبة إلى طرفيه . وفي حدود تنظيم العلاقات التي يحكمها : كالقانون<sup>(١)</sup> ، فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه ولا بتعديله . ما لم يصرح له الاتفاق أو القانون بذلك . وهذا هو المبدأ الأساسي العام في مجال نظرية العقد . والذي يطلق عليه : القوة الملزمة للعقد *effet obligatoire du contrat* . وقد تضمنته المادة ١٤٧ / ١ من القانون المدني بقولها : « العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين . أو للأسباب التي يقرها القانون » . وقد توج الله سبحانه وتعالى مبدأ إلزام العقد بقوله : « يأياها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . وجاء الرسول الكريم يقول : « المسلمون عند شروطهم » .

فالعقد شريعة المتعاقدين . فلا يستطيع أحدهما : بحسب الأصل . أن ينقضه أو يعدل في أحكامه . ما لم يسمح له هو نفسه بذلك : أو يسمح له به القانون .

ففي بعض الأحيان : يتضمن العقد نفسه شرطاً يمنع عاقيه أو أحدهما حق الرجوع عنه أو إجراء تعديل في أحكامه . ومثال ذلك التعاقد بالعربون<sup>(٢)</sup> (المادة ١٠٣/١ مدني) ، وتضمن عقد الإيجار شرطاً يخول المستأجر إنهاءه قبل فوات مدته . وفي مثل هذه الحالة . لا توجد أية صعوبة . ففي الرجوع

---

(١) وفي ذلك جاءت المادة ١١٣٤ فرنسي تقضي بأنه : « الاتفاقات المبرمة مل نحسـو

شرعي *légalement formés* تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أبروها » .

(٢) راجع ما سبق ، نبة ٨ وما بعدها .

عن العقد ، أو في إجراء التعديل في أحكامه ممن ينوله هذا الحق ، إعمال له .  
فليس في ذلك أى إخلال به .

وقد لا يتضمن العقد ، عند إبرامه ، ما يخول لطرفيه أو لأحدهما نقضه  
أو تعديله . ولكن يتفق طرفاه كلاًهما على شيء من ذلك في تاريخ لاحق .  
كأن يتفق البائع والمشتري على اعتبار البيع الذى سبق لهما أن أبرماه كأن لم  
يكن <sup>(١)</sup> ، أو على منح المشتري أجلاً للوفاء بالتمن . وفي هذه الحالة ،  
تنفى الصعوبة أيضاً . إذ أن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره . يسوغ له أن ينقضه  
أو يعدل فيه .

ولا يقف الأمر عند حد إمكان نقض العقد أو تعديل أحكامه . بمقتضى  
الاتفاق بين طرفيه كليهما . بل يسوغ لأحدهما أن يصل إلى ذلك . برغم إرادة  
الطرف الآخر . إذا سمح له به القانون . وفي الحدود التى يرسمها . وهذا هو  
الاستثناء الحقيقى للقوة الملزمة للعقد . أو لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

والحالات التى يجيز فيها القانون لأحد المتعاقدين أن يصل إلى نقض العقد  
أو إلى إجراء تعديل في أحكامه . برغم إرادة الطرف الآخر ، كثيرة .  
فمنها حق المتعاقد ، في العقود الملزمة للجانبين . أن يطلب من القاضى الحكم  
بفسخ العقد . إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه . مع ثبوت سلطة تقديرية  
رحبة للقاضى في هذا المجال <sup>(٢)</sup> ( المادة ١٥٧ ) . ومنها الرجوع في الهبة .  
حيث يجيزه القانون ( المواد ٥٠٠ إلى ٥٠٢ ) . ومنها أيضاً : ما تسوغه  
المادة ٣٤٦ / ٢ والمادة ١٥٧ / ٢ من منح القاضى المدين أجلاً للوفاء بالالتزام  
إذا وجدت ثمة ظرف تبرره . ومنها كذلك ما يجيزه المادة ٢٢٤ للقاضى من  
تخفيض قيمة الشرط الجزائى . إذا كان مبالغاً فيها إلى درجة كبيرة . ومنها  
ما تقرره المادة ٧٠٩ / ٢ من أنه يسوغ للقاضى أن ينقص الأجر المتفق عليه  
للوكيل . ما لم يكن قد دفع من الموكل طوعاً بعد تنفيذ الوكالة .

---

(١) راجع ما سبق ذكره في شأن الإقالة .

(٢) وسنعود إلى الكلام في فسخ العقد ، عندما نتناول الإخلال به .

ومن الحالات التي يجيز فيها القانون لأحد المتعاقدين أن يصل إلى تعديل آثار العقد برغم إرادة الطرف الآخر . فضلاً عما سبق . ما تقرره المادة ١٤٩ من أنه : « إذا تم العقد بطريق الإذعان . وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها . وذلك وفقاً لما تقتضيه العدالة . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » . وقد سبق أن عرضنا لهذه الحالة عند الكلام في التعاقد بطريق الإذعان <sup>(١)</sup> .

ومن الحالات التي يجيز فيها القانون لأحد المتعاقدين الوصول إلى تعديل آثار العقد برغم إرادة الطرف الآخر . في النهاية ، حالة الظروف الطارئة . ونتناول هذه الحالة بالدراسة لأهميتها القصوى .

### نظرية الظروف الطارئة

٢٧٩ - مؤدى نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة : *Théorie de l'imprévision* أن تعرض . بعد إبرام العقد . وقبل تمام تنفيذه . نوازل أو أحداث عامة ، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها . ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام - وإن ظل ممكناً - شديداً الإحراق بالمدين . بحيث يهدده بخسارة فادحة . فيسوغ للقاضي . بناء على طلب هذا المدين . وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة غيره . أن يرد التزامه إلى الحد المعقول الذي يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد .

وتمشياً مع منطق هذه النظرية جاءت المادة ١٤٧ ، بعد تقريرها : في فقرتها الأولى ، مبدأ أن العقد يلزم طرفيه بما يجيء فيه ، تقتضى ، في فقرتها الثانية . بأنه : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى . وإن لم يصبح مستحيلاً . صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة . جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك » .

(١) راجع ما سبق ، نية ٩٥ وما بعدها .

٢٧٢- ونظرية الظروف الطارئة حديثة العهد في القانون المعاصر .  
فلم يأخذ بها الرومان ، أشد مسكهم بأهداب الفردية . وأول من بشر بها  
هم الكنسيون .

فقد عمد رجال الكنيسة على أن تسود العدالة العقود . وفي هذا السبيل .  
دلوا بنظرية الثمن العادل والأجر العادل . ولم يقتصروا ، في تقريرهم مبدأ  
العدالة بين المتعاقدين . على وقت إبرام العقد . بل قالوا بوجود مراعاته أيضاً  
عند تنفيذه . وهكذا حارب الكنسيون الغبن . ليس فقط عند قيام العقد ،  
بل أيضاً عند تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه . فإذا اختل . بعد إبرام العقد .  
التوازن الاقتصادي بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه . بحيث أصبح أداء  
. عليه يتضمن غبناً فادحاً له . كان له أن يطلب من القاضي رد التزامه إلى  
خلفه العادل .

وقد أرجع فقهاء القانون الكنسي Les canonistes هذا الحكم إلى  
شرط ضمنى قالوا إن العقد يتضمنه . ومؤدى هذا الشرط بقاء الظروف  
التي أبرم فيها العقد على حالها . دون أن يطرأ عليها تغيير جوهري . بحيث إنه  
لو تغيرت هذه الظروف . وجب أن تتعدل آثار العقد . على النحو الذي  
يجعلها متمشية مع هذا التغيير . وهذا هو الشرط (١) الذي يطلق عليه  
La clause rebus sic stantibus .

وسرعان ما انتكصت فكرة الظروف الطارئة في أوروبا ، على أثر ضعف  
نفوذ الكنيسة . من ناحية . وتغلغل النزعة الفردية التي أدت إلى سيادة مبدأ  
سلطان الإرادة . من ناحية أخرى .

٢٧٣- وإذا كان الكنسيون قد بشروا بفكرة الظروف الطارئة كنظام  
يمكن المدنيين من رد التزامه إلى الحد العادل ، بعد أن بات أداءه منه على

---

(١) وقد لقي هذا الشرط تطبيقاً رحيماً في مجال القانون الدولي العام ، لا سيما في أعقاب  
الحرب العالمية الأخيرة ، فقد تفرعت به بلاد كثيرة ، كانت قد أبرمت معاهدات ، حالة كونها  
مستعصقة ، مع غيرها من الدول الإمبريالية النافذة ، وذلك في مطالبها بإجراء تعديلات جوهريّة  
في تلك المعاهدات أو حتى إلغائها .

نحو مجاء في الأصل عليه يهدده بالخراب ، فإن هذه الفكرة لم تكن بعيدة كل البعد عن فقهاء المسلمين . وإن لم يصلوا كدأهم إلى إنزالها منزلة النظرية العامة الشاملة . قانعين بإعمالها في خصوص مسائل محددة . وإن كانت في الحقيقة بالغة الضيق <sup>(١)</sup> .

(١) جرت عادة بعض المحدثين ، سواء أكانوا من فقهاء الشرع الإسلامي أم من فقهاء القانون المدني المعاصر ، حل أن يجدوا تطبيقات معينة لنظرية الظروف الطارئة في مجال الفقه الإسلامي . وليست كل التطبيقات التي يقولون بها صحيحة في الحقيقة . إذ أن الحكم في أغلبها يرتد إلى أساس آخر غير ذلك الذي تقوم عليه تلك النظرية ، فضلاً عن الاختلاف الجذري في شروط إعماله .

إن أبرز الحالات التي يقال فيها إنها تمثل تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ، في مجال الفقه الإسلامي ، حالة فسخ الإيجار بالمدر . ومؤدى هذه الحالة أن يطرأ بعد إبرام عقد الإيجار ، لأي من طرفيه ، أمر لم يكن في الأصل في حسبانته ، من شأنه أن يحصل استمرار العقد ضاراً به ضرراً كبيراً ، ليس من مقتضى العقد أن يتحمل ، فيتمثل هذا الأمر علماً في جانبه يقيح له أن ينسئ العقد قبل فوات مدته .

وإنهاء الإيجار بالمدر ، أو فسخه بالمدر ، كما يقال عادة في لغة فقهاء المسلمين ، حكم أجمعت عليه مذاهب السنة الأربعة ، في تفاوت في السمة بينها ، بين رحابة بالغة يسير عليها فقهاء الحنفية ، وتضييق شديد التزمه الشافعية ، وتوسط بين الرحابة والتضييق قام عليه المالكية والحنابلة . وأخذ قانوننا المدني بدوره بفكرة إنهاء الإيجار بالمدر ( المادة ٦٠٨ ) .

وفسخ الإيجار بالمدر لا يعتبر في حقيقته تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة على نحو ما هي عليه في القانون المعاصر . فتمتة خلاف أساس في شروط الإعمال . ففي حين أن نظرية الظروف الطارئة تتطلب لإعمالها أن يكون الحدث الذي يجعل الالتزام شديد الإرهاق بالمدين حدثاً عاماً عليه وعلى غيره ، فإن فسخ الإيجار يجوز بالمدر ، ولو كان خاصاً بالمدين نفسه ، كوت المستأجر حيث يجوز لورثته إنهاء الإيجار ( المادة ٦٠١/٢ مدني ) ، وكغيره محل إقامة المستأجر اقتضاه لعمله ( المادة ٦٠٩ ) ، وكغيره حرفة من التجارة إلى الزراعة مثلاً ، حيث يجوز له إنهاء إيجار الحانوت الذي كان يباشر التجارة فيه . ثم إن الأثر يختلف في النظامين . ففي حين أن إعمال نظرية الظروف الطارئة لا يؤدي إلى أكثر من تعديل التزام المدين برده إلى الحد المقبول ، نجد أن فسخ الإيجار بالمدر يؤدي إلى إنهاء الالتزام بالكليّة ، بل إلى إنهاء العقد ذاته . انظر في هذا المعنى : مؤلفتنا عقد الإيجار نبذة ٣٣٣ .

ولم يحاول فقهاء الحنفية أنفسهم - وهم أكثر فقهاء الشرع الإسلامي أخذاً بفكرة فسخ الإيجار بالمدر - تأسيس تلك الفكرة على مجرد الإرهاق الذي من شأنه الحدث الطارئ أن يرتبه على المالك ، وإنما رده إلى سبب آخر مغاير ، أساسه أن الإيجار لا يعطي منفعة الشيء دفعة واحدة عند إبرامه ، وإنما يعطيها شيئاً فشيئاً طوال مدته وزمانه . وما دام الإيجار يعطي المنفعة -

٢٧٤- ولم يأت تقنين نايليون ، بما يقطع بأنه يأخذ بفكرة الظروف الطارئة . بل على النقيض من ذلك . جاءت المادة ١١٣٤ منه تقضى بأن العقد

= المستأجر شيئاً فشيئاً ، فقد رأى الحنفية أن استيفاء المستأجر لإيادها يقع بمطابقة قبض منه إيادها يتكرر حل مدى بقاء الإيجار قائماً . فإذا طرأ المدر ، أثناء سريان الإيجار ، فإنه يقع عدمه بمطابقة عيب وقع قبل القبض . ينهض سبباً موجباً للفسخ . وهكذا رد فقهاء الحنفية فسخ الإيجار بالمدر إلى فكرة الميب الحادث قبل القبض .

وهما ينسب في بعض الأحيان إلى نظرية الظروف الطارئة ، اعتباراً بأنه يمثل تطبيقاً لها في مجال الفقه الإسلامي ، وضع الجوائع في بيع الثمار على الشجر . والجوائع جمع جائحة ، وهي الشدة التي تجتاح المال فتلكه كله أو بعضه . وقال المالكية إنه إذا بيعت الثمار على الشجر بعد ظهور صلاحها ، وهلكت بمجاعة كلها أو بعضها . فإن هلاكها يكون على البائع ، ويبرأ المشتري من الثمن . وسند المالكية فيها أرتأوه ما رواه مسلم عن جابر أن النبي عليه صلوات الله أمر بوضع الجوائع وأنه قال : « إن بعت من أعهلك ثمرأ ، فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً » . ووضع الجوائع في بيع الثمار على الشجر لا يمثل بدوره تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة وفق ما يقول به القانون المعاصر . فهو يقوم على اعتبار معايير ، لا يرتد إلى مجرد الازهاق الذي ينتاب المشتري نتيجة الحدث الطارئ ، وإنما إلى فكرة بقاء الشجر المعلقة به الثمار في حوزة البائع ، فهو من ثم يعتبر مسئولاً عما ينتاب الثمار من الهلاك .

وإذا وصلنا إلى أن فكرة فسخ الإيجار بالمدر ووضع الجوائع في بيع الثمار على الشجر لا يمثلان في حقيقة الواقع تطبيقين صادقين لنظرية الظروف الطارئة على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، فإننا نجد أقرب ما يكون تطبيقاً لها في مجال الفقه الإسلامي يمثل فيما قال به أبو يوسف - وهو القول المقتضى به عند الحنفية - من أن إذا تغيرت قيمة العملة بعد البيع ، وقبل وفاء الثمن ، سواء أكان ذلك بالارتفاع أو الانخفاض ، فإن المشتري يلتزم بدفع عدد من الدراهم يتناسب مع قيمة العملة عند البيع . فلا شك أن تغير قيمة العملة يرجع إلى حدث طارئ عام ، وليس خاصاً بأحد العاقدتين . وذلك هو السمة الأساسية في إحمال نظرية الظروف الطارئة . ثم إن تغير قيمة العملة بالارتفاع قد يكون من شأنه أن يرتب الازهاق بالمشتري وهو المدين بالثمن . ولعل الخلاف الكبير بين مايقوله الحنفية في هذا الصدد وبين منطلق نظرية الظروف الطارئة في القانون المعاصر هو أنه إذا تغيرت العملة بالانخفاض ، فإنه يتعذر إعمالها في عمومها ، حل الأخص إذا كان البائع قد وفى بكل الالتزامات التي يربطها البيع عليه . إذ أن تخفيض العملة ، قبل الوفاء بالثمن ، وإن كان من شأنه أن يرتب العسر للبائع وهو الدائن بالثمن ، إلا أنه يمثل يسراً للمشتري وهو المدين . ونظريتنا قامت لتناصر المدين وحده لا الدائن . أما عند الحنفية ، فيجوز لأي من البائع أو المشتري أن يحاج بتغيير العملة ، ويطلب رد التزامه إلى الوضع المعادل الذي يتشبه مع قيمتها وقت البيع . وواضح أن الفكرة الإسلامية أوسع رحمة وأعم عدلاً ، وأخلق بالتأني بالالتناع . لا سيما في وقتنا الحاضر الذي بات فيه انخفاض قيمة العملة يسير بمعدلات رهيبه بمجدة كل الإجماع =

نحل محل القانون بالنسبة إلى عقائده ، الأمر الذي يدل على أنه ينبغي تلك  
تفكيره .

وقد سارت محكمة النقض الفرنسية دوماً على عدم تطبيق فكرة الظروف  
نظائرية ، ولا زالت مستقرة على رأيها هذا حتى الآن <sup>(١)</sup> . وهي . في  
صياغتها على ذلك . لم تشأ أن تليّن أمام اعتبارات العدالة وحسن النية والرفق  
بالمدينين التحسّس الحظ . تلك الاعتبارات التي نادى بها بعض الفقهاء في فرنسا  
كدعامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . فلم تر في تلك الاعتبارات مبرراً  
كافياً لتحويل القاضي سلطة تعديل آثار العقود . لما رأته في ذلك من قلقلة  
واضطراب في الأوضاع الاقتصادية . وإخلال بالائتمان والثقة المشروعة .

وإذا كانت فكرة الظروف الطارئة لم تلق نجاحاً أمام القضاء العادي في  
فرنسا . فقد كتب لها النصر مؤزراً أمام قضائها الإداري . فقد استقر مجلس  
الدولة الفرنسي على السير عليها . والسبب الذي حدا به إلى ذلك هو رغبته  
في استمرار المرافق العامة . لاسيما تلك التي يعهد بإدارتها للأفراد أو للشركات  
في أداء خدماتها للجمهور <sup>(٢)</sup> .

---

بندالتين . ولا ينبغي أن يقف في سبيل الأخذ بالفكرة الإسلامية لصالح الدائن تمسكنا بتلك  
فكرة العتيقة الهالية التي باتت خاوية المضمون . وهي فكرة الحفاظ على الثقة في العقود .

نعم الفكرة الإسلامية التي يشر بها أبو يوسف في خصوص تغيير قيمة العملة قبل الوفاء بالدين  
تقود . ونحن رجاء القانون المعاصر . إلى التفكير مبدئياً في توسعة نظرية الظروف الطارئة .  
بحيث لا تقتصر في تطبيقها على المدين وحده . بل تشمل الدائن أيضاً . عندما يكون من شأن الظروف  
خارئة أن يضيع من حقه إلى حد بالغ كبير . وفي انخفاض قيمة الصلة إلى الحدود المروعة  
التي نشهدها اليوم أبرز مسوغ لما فنّاه به .

(١) فالقلف العادي في فرنسا يسير عن وجه مستقر مطرد ثابت على عدم الأخذ بنظرية  
ظروف الطارئة . وذلك ابتداء من الحكم الذي أصدرته محكمة النقض في ٢٦ مارس ١٨٧٦  
في الآن (راجع نقض فرنسي بتاريخ ١٨ يناير ١٩٤٩ . *Guiz. Pal.* ١٩٥٠ - ٣٢٠ ، ومنشور  
في *rev. trim.* ١٩٥٠ رقم ٢٦ ص ١٨ ) .

(٢) فالعقود الإدارية . بخلاف العقود المدنية ، تقوم على أداءات تهم الصالح العام . فإذا  
سهم . مثلاً . إلى شركة بامتياز تزويد مدينة معينة بالمياه أو بالنور أو بالغاز أو بالمواصلات .  
وغير ثمن محدد متفاضه ، ثم طرأت ظروف لم تكن متوقعة أدت إلى ارتفاع ثمن تكلفة الخدمة  
تدفعاً كبيراً ، بحيث يتعذر معه أن تستمر الشركة في أدائها ، في مثل هذه الحالة ، لا مفر من سلوكه  
مدينتين : إما أن ينفذ العقد بشروطه ، الأمر الذي يهدد الشركة بالخراب ، ويحصلها بالتالي =



٢٧٥ - وقد جاء القانون المدني المصري القديم على غرار القانون الفرنسي فلم يتضمن نصاً يقضى بإعمال نظرية الظروف الطارئة . كبدأ عام . وقد سار القضاء المصري تحت ظله . وعلى رأسه محكمة النقض . على نفس النهج التي سارت عليه محكمة النقض الفرنسية . فرفض تطبيق تلك النظرية . في غير ما صرح القانون بتطبيقها فيه . وذلك حتى بالنسبة إلى ما يدخل في زمرة العقود الإدارية <sup>(١)</sup> التي كانت تدخل حينذاك في ولايته <sup>(٢)</sup> .

... أن تكف عن أن تقدم للجمهور الخطة التي يظن بها تقديمها ، وإنما أن تمدد شروط العقد بما يرجع المخرج من الشركة . ويمكنها من الاستمرار في أداء الخطة المطلوبة منها . وقد فضل مجلس الدولة الفرنسي سلوك الطريق الأخير ، استجابة لداعي الصالح العام ، فأعمل نظرية الظروف الطارئة . ومن أهم القضايا التي طبقت فيها هذه النظرية تلك الخاصة بشركة الغاز في مدينة « Bordeaux » بفرنسا . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة السابقة التزمت قبل اندلاع الحرب العالمية الأولى بأن تقدم الغاز للجمهور بسعر محدد . وبعد قيام تلك الحرب ارتفع ثمن الفحم الذي يستخدم في توليد الغاز ارتفاعاً فاحشاً بلغ ثلاثة أمثال ثمنه من قبل . فرأت الشركة نفسها وقد تهددها الخراب . وقد أنقذها مجلس الدولة الفرنسي . حيث قضى بتعديل آثار العقد تعديلاً يتناسب مع السعر الجديد للفحم . حتى يمدد للعقد التوازن الاقتصادي الذي افتقده نتيجة الظرف الطارئ . ( انظر مجلس الدولة الفرنسي ٣٠ مارس ١٩١٦ ، سيري ١٩١٦ - ٣ - ١٧٠ ) منشور أيضاً في دالور ١٩١٦ - ٣ - ٢٥٠ ) . وانظر أيضاً في نفس الاتجاه : مجلس الدولة الفرنسي ٩ ديسمبر ١٩٣٢ سيري ١٩٣٢ - ٣ - ٢٩٠ ١٥ يوليو ١٩٤٩ . سيري ١٩٥٠ - ٣ - ٦١٠ .

(١) فكرة العقود الإدارية ، باعتبارها متميزة عن العقود المدنية ، لم تنشأ في مصر إلا بعد إنشاء مجلس الدولة في ١٩٤٩ . إذ أن أساس نشأتها - وهو ثبوت الاختصاص بنظر الشائعات المتعلقة بها لقضاء الإداري دون القضاء العادي - لم يكن ذا موضوع من قبل .

(٢) ومن أهم القضايا التي عرضت في مصر . تحت ظل قانونها القديم ، بشأن نظرية الظروف الطارئة ، تلك الخاصة بتوريد الذرة العوجية لمصلحة الخبوز . وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شخصاً تمهد بتوريد كمية من الذرة لمصلحة الخبوز ، في وقت كانت خاضعة فيه لتسعيرة الجبرية . ثم حدث في أثناء سريان العقد أن رفعت تلك التسعيرة . الأمر الذي أدى إلى زيادة سعر الذرة إلى أكثر من الضعف . فامتنع المورد عن الاستمرار في التوريد متذرعاً بالظرف الطارئ . وقد تجاوزت معه محكمة استئناف مصر ، مقررة وجوب إعمال نظرية الظروف الطارئة . تمسداً مع اعتبارات العدالة وروح الإنصاف التي تقضى بوجوب مساعدة المدين والقاءه من الخراب ( انظر استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١ . المحاماة ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ . وانظر تعنيف : سل هذا الحكم خاند زكي في مجلة القانون والاقتصاد ص ٢ ) . وقد جاء في هذا الحكم : « أن ... وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ، ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيل ... »

. ولقد حرص القانون المدني المصري الحالي على أن يصرح بتبنيه نظرية الظروف الطارئة ، كبدأ عام شامل ، فتضمن نصاً خاصاً يقررها فيه ، هو نص المادة ١٤٧ / ٢ ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه <sup>(١)</sup> .

### ٢٧٦ - شروط تطبيق الظروف الطارئة :

يلزم . لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، توافر الشروط الستة الآتية :  
أولاً - يجب أن يقع حادث استثنائي : والمقصود بالحادث الاستثنائي ، ذلك الذي يندر حصوله . بحيث يبدو شاذاً . بحسب المؤلف من شئون الحياة ،

---

= استحالة مطلقة لحادث قهري ، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف . فإذا طرأت عند التنفيذ ، ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت التعاقد . من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما ، بحيث تخل بتوازنها في العقد إخلالاً خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً ( للمدين ) ، لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال ، فإنه يكون من الظلم احترام العقد في هذه الظروف . ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإفقاذه من الخراب ... . ولم يقدّر هذا الحكم الجريء الراجع أن يستقر . فقد ألتته محكمة النقض ( نقض ٢٤ يناير سنة ١٩٣٢ . المبيعة الرسمية س ١٩٣٢ رقم ١١٠ ص ٢١٠ . ومنشور أيضاً في مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢ ) . قاضية بأن نظرية الظروف الطارئة ، برغم أنها تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان ، إلا أنه لا يجوز الأخذ بها في غير الحالات التي نص القانون على تطبيقها فيها ، وأنه لا يجوز للقضاء أن يستيقب المشرع إلى ابتداعها كنظرية عامة شاملة .

وانظر أيضاً من أحكام القضاء المصري التي رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة قبل سريان القانون المدني الحالي . استئناف مخطئ ٣١ مارس ١٩٢٤ ، ص ٣٦٧ . ٢٨٠ . وقد أنكر هذا الحكم على شركة مياه الإسكندرية الحق في طلب زيادة مقابل توزيع المياه على جمهور المشتركين . استناداً إلى ارتفاع التكلفة ارتفاعاً كبيراً . وانظر كذلك الإسكندرية المخطئة ٦ مايو ١٩٢٦ ( الجايزيت ص ١٦ ص ٢٣٥ ) . وقد قضى هذا الحكم أن القانون المصري يجهل نظرية الظروف الطارئة ، وأن مهمة المحاكم تقتصر في تفسير العقود والعمل على احترامها . وانظر أيضاً نقض مدني ١٥ يناير ١٩٤٧ ، المحاماة ص ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن الشارع أراد أن يستيقب في يده زمام نظرية الظروف الطارئة ، فيتدخل متى شاء وقت الحاجة ، وبالتالي المناسب . ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية . بل عليه أن يطبق القانون كما هو . وخلصت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه الذي يرفض القضاء بفسخ العقد ؛ بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية الثانية وطوارئها قد جعلت التزام التعاقد صيراً عليه مرهقاً له . لا يكون مطلقاً في تطبيق القانون .

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٧١ .

فلا يعول الرجل العادي عليه ولا يدخل في حساباته ، كالحروب والزلازل والحرائق وانتشار الأوبئة والسيول العنيفة وغارات الجراد والنهائم المحصول بالبلود بشكل غير معهود وفرض التسعيرة الجبرية ورفعها : إلى غير ذلك كله من النوازل والأحداث .

وليس يلزم أن يكون الحدث الاستثنائي قد وقع نتيجة فعل الطبيعة أو نتيجة أية واقعة مادية أخرى ، بل إنه يعتبر كذلك وينهض بالتالي سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . حتى لو كان ناجماً عن صدور تشريع جديد . كما هو الشأن على الأخص بالنسبة إلى صدور قانون الإصلاح الزراعي في عام ١٩٥٢ ، وما ترتب عليه من انخفاض شديد في سعر الأراضي الزراعية الأمر الذي جعل الالتزام بدفع الثمن . في البيوع التي تمت من قبل . شديد الإرهاق بالمشتريين <sup>(١)</sup> .

ثانياً - يلزم أن يكون الحادث عاماً : فلا يكفي ، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصاً بالمدين وحده <sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/١/٣ ملعن ٢٦/٢٦٣ في مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن « الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ قد توافرت في قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فهو بحكم كونه قانوناً يعتبر حادثاً عاماً ، كما أنه حادث استثنائي لم يكن في الوسخ توقعه ولا يمكناً دفعه . ولا يغير من ذلك كونه تشريعاً . ذلك أن نص المادة ١٤٧/٢ من القانون المذق قد أطلق التعبير عن الحادث ، فلم يقيد بأن يكون عملاً أو واقعة مادية . والنتيجة التي رتبها القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ - وما تضمنت مذكرته الإيضاحية - لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار قانون الإصلاح الزراعي ظرفاً طارئاً . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ ملعن ٢٧/٢٤٠ في مجموعة النقض س ١٣ ص ١١٧٤ رقم ١٨٦ - نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ ملعن ٣٨/٢١١ في مجموعة النقض س ٢٤ ص ٧٩٩ رقم ١٤٠ - نقض ١٩٦٤/٧/٢ ملعن ٢٩/١٨٧ في مجموعة النقض س ١٥ ص ٨٩٥ رقم ١٣٩ - نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ - نقض ١٩٦٥/٢١/٨ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٩١ .

(٢) ولم يكن شرط العمومية في الحادث الطارئ منصوصاً عليه في المادة ٢/٢١٣ من المرسوم التمهيدي ، التي أصبحت بعد شيء من التصديل المادة ٢/١٤٧ من القانون . فهو قد أضيف في لجنة المراجعة . وقد جاء في تقرير ذلك أن « الحوادث الاستثنائية ينبغي ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان حال غير منظر يكون قد أحرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منطرة لجراد أو انتشار وباء ( مجموعة الأعمال التصديرية ج ٢ ص ٢٨٢ ) .

مهما كانت فداحته . أو خاصاً به وبقله من الناس . فلا يسوغ للمدين مثلاً : أن يتلوع . في سبيل الوصول إلى تعديل آثار العقد ، بمرض أصابه أو بموت ابنه أو بحريق التهم داره وحدها . وإنما لا يلزم بالضرورة أن يكون الحادث شاملاً للناس جميعهم . فكل ما يتطلب هنا هو أن يكون المدين قد شارك غيره من جمهرة الناس في كونه ضحية الحادث الذى وقع . فالحريق الذى يلتهم مدينة ، مثلاً ، أو حياً منها يمكن أن يعتبر ظرفاً طارئاً ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الحادث الذى يلحق طائفة معينة من التجار أو منتجى إحدى السلع .

ثالثاً — يتوجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد : فنظرية الظروف الطارئة . كتنظرية القوة القاهرة تماماً ، لا تكون إلا بالنسبة للأحداث التى لم تكن فى الحسبان ولم يكن فى الوسع توقعها عند إبرام العقد . ويتخذ هنا معيار موضوعى قوامه الرجل المعتاد . وليس معياراً ذاتياً قوامه نفس المتعاقد الذى يتمسك بالنظرية <sup>(١)</sup> . فلو أن حرباً . مثلاً ، كانت وشيكة الوقوع عند إبرام العقد ، بحيث كان الرجل المعتاد . يتوقع حينئذ اندلاعها . ما اعتبرت ظرفاً طارئاً إذا ما اندلعت . إلا بالنسبة إلى ماترته من نتائج غير متوقعة . وذلك حتى لو كان المدين نفسه لم يتوقع نشوبها <sup>(٢)</sup> .

وكون الحادث متوقعاً أو غير متوقع مسألة واقع ، تخضع فى تقديرها

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٩/١١/١١ ملن ٣٥/٣١٧ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١١٩٣ رقم ١٨٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط تطبيق المادة ٢/١٤٧ أن يكون الحادث طارئاً . غير متوقع الحصول وقت التعاقد ، بحيث لا يكون فى مقدور الشخص المادى أن يتوقع حصوله لو وجد فى ظروف المدين وقت التعاقد بصرف النظر عن توقع المدين فعلا حصول الحادث الطارئ . أو عدم توقعه . . وانظر أيضاً : نقض ١٩٥١/١١/٨ قضية ١٩/٧٤ ق مجموعة النقض س ٣ ص ٢٦ رقم ٥ . وتتضمن وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصاً أبرم مع الحكومة عقد توريد أغذية للدارس أثناء الحرب المالية الثانية ، ثم ارتفع سعر القمح ٧ مليارات للربل الواحد ، فتمسك بنظرية الظروف الطارئة . ورفضت محكمة الموضوع دعواه . تأسيساً على أن رفع اسر أثناء قيام الحرب حدث متوقع . وباركت محكمة النقض ذلك القضاء من محكمة الموضوع .

(٢) ولكن إذا بلغ المدين من القطعة حداً جسيماً ، بخلاف غيره من سواد الناس ، يتوقع حصول الحادث عند إبرام العقد ، ما استطاع أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بحجة أن الرجل المعتاد لم يتوقع الحادث . لأنه لا يسوغ له أن يتأنى من حصول أمر كان يحتمل وقوعه . ودخل بذلك فى اعتباره ، حينئذ انتهى العقد .

نقاضى الموضوع . بدون معقب عليه في تقديره لحكمة النقض . مادام ينبغي على أسباب سائفة من شأنها أن تحمله (١) .

رابعاً - يلزم أن يكون الحدث غير ممكن تفاديه أو دفعه : فلو أن حدثاً استثنائياً قد وقع ، ولكنه كان من الممكن تفاديه ، أو كان من الممكن درء نتائج المترتبة عنه . ببذل الجهد المعقول ، ما أفلح سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة : شأنها في هذا شأن نظرية القوة القاهرة تماماً . إذ أن المدين هنا يعتبر مقصراً ؛ ولا يستطيع أن يحمل دأته نتائج تقصيره . ومعيار تحديد كون الحدث ممكن تفاديه أو دفعه هو معيار موضوعي مجرد أساسه الرجل العادى ، وليس معياراً ذاتياً قوامه المدين نفسه . ثم أن هذه المسألة هى مسألة واقع تدخل في رحاب سلطة قاضى الموضوع التقديرية .

خامساً - يلزم أن يقع الحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه : فالسمة الأساسية التى يتصف بها الحدث الذى يخول تطبيق نظريتنا هو أن يكون ضارثاً ، بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه . فإن كان الحدث قد وقع قبل إبرام العقد - ما نهض سبباً لتعديل آثاره . إذ المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به (٢) ، وارتضيا العقد على اعتبار وجوده . وكذلك لا تنطبق نظريتنا إذا كان الحدث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره (٣) . فإن كان العقد ، عند وقوع الحدث ، قد تنفذ بالنسبة إلى بعض آثاره دون بعضها الآخر ، سرت النظرية بالنسبة إلى القدر الذى لم يتنفذ منه ،

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٩/١١/١١ ونقض ١٩٥١/١١/٨ . وقد سبق الإشارة إلى هذين الحكمين .

(٢) حل أنه إذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد ، على غير علم من المتعاقد ، كان هذا أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لوجود المبرر الذى دعا إليها .

(٣) انظر : نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ طين ٢٤٥/٢٧ مجموعة أحكام النقض س ١٣ س ١١٧٩ رقم ١٨٧ . وقد قضى هذا الحكم بأن نظرية الظروف الطارئة « تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ في فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وتنفيذ الالتزام الذى رتبته . فإن كان الالتزام قد نفذ فإنه يفتى ، وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الحوادث الطارئة . لأنها إنما ترد على التزام قائم لم يتنفذ بعد » .

دون ذاته الذي تنفذ . مع ملاحظة أنه إذا كان تراخي المدين في الوفاء بالتزامه إلى ما بعد طرء الحوادث راجعاً إلى تقصيره ، فإنه لا يفيد بالضرورة من نظرية الظروف الطارئة <sup>(١)</sup> ، لأنه لا يحق للمدين أن يفيد على حساب دائته من خطأ يكون قد ارتكبه لإزائه . وكذلك لا يجوز لإعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد منح نظرة الميسرة من القاضي .

وإذا كان شرط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون التزام المدين قائماً في كله أو في بعضه عند طرء الحدث ( باستثناء حالاتي التقصير ونظرة الميسرة ) ، فإنه لا يهمل بعد ذلك أن يكون الالتزام المقابل متراعياً بتنفيذه بدوره أم أنه قد تنفذ بالفعل <sup>(٢)</sup> .

سادساً — يلزم أن يكون من شأن الحدث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين . وليس المقصود بهذا الشرط أن يصبح تنفيذ الالتزام قليلاً . بحيث يرتب للمدين الضيق العادي المألوف ، وإنما المقصود به هو أن يكون من شأن الحدث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٢٩/٣٦٨ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ . وقد جاء في هذا الحكم « أنه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط ( أقساط الثمن ) التي تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارئ وقصر المدين في الوفاء بها حتى وقع الحادث ، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخي تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع ظرف الطارئ راجعاً إلى خطأ المدين . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ .

(٢) قلوا أن يعمد قسط فيه الثمن ، مثلاً . وطرأ الحادث قبل الوفاء ببعض الأقساط الأخيرة . ونجم عنه أن بات أدائها من المشتري بالغ الإرهاق به ، حتى لو كان الباقي نفسه قد وقي بالفعل كل الالتزامات التي يفرضها البيع عليه . انظر في هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٣/٢/٢١ طعن ٢٨/٢٥٩ ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ رقم ٥٥ . وقد جاء في هذا الحكم انه : « لا يشترط في تطبيق المادة ٢/١٤٧ مدني أن تكون الالتزامات المتبادلة متراعية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارئ . بل يكفي وجود التزام على أحد المدينين متراعياً بالتنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارئ . ثم صار مرهقاً للمدين . دون ما اعتبار تكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراعياً كذلك » .

والعنّت للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة <sup>(١)</sup> . فكما أنه يلزم في الحدث الذي يصلح دعامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون استثنائياً بالنسبة إلى ذات طبيعته ، يلزم أيضاً أن يكون استثنائياً بالنسبة إلى أثره على تنفيذ الالتزام . وتقدير مدى ما يربته الحدث من إرهاب للمدين مسألة موضوعية ، يستغل بها قاضى الموضوع من غير تعقيب عليه من محكمة النقض ، طالما استند في حكمه على أسباب تسوغه عقلاً ومنطقاً <sup>(٢)</sup> .

وإذا لزم أن يكون من شأن الحدث أن يجعل للالتزام بالغ الإرهاب للمدين ، فيجب ، لتطبيق نظريتنا ، أن يقف عند هذا الحد . فإن تعداه ووصل إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولو جزئياً ، فإنه لا يكون سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وإنما ينهض سبباً لتطبيق نظرية أخرى أقوى وأشد ، هي نظرية القوة القاهرة ، التى من شأن إعمالها أن ينقض الالتزام كلية ، في حين أن أثر نظريتنا يقتصر على تخفيف عبء الالتزام عن المدين فحسب ، وذلك برده إلى الحد المعلوم <sup>(٣)</sup> .

(١) انظر نقض مدني ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه «... يشترط في الإرهاب الذى يصيب المدين في تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارئ أن يكون من شأنه تهديده بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكن لإعمال حكم الظروف الطارئة » . وانظر في نفس المعنى: نقض ١٩٦٣/٣/٢١ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ السابقة الإشارة إليه . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٢/٥/١٠ ملن ٢٦٦/٣٥٩ ق مجموعة النقض س ١٣ ص ٦٢٩ رقم ٩٥ - نقض ١٩٦٤/٧/٢ مجموعة النقض س ١٥ ص ٨٩٥ - نقض ١٩٧٧/٣/١ ملن ٤٣/٥٨٠ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٦١٠ رقم ١١٠ . (٢) انظر : نقض ١٩٧٣/٣/١ مجموعة النقض س ٢ ص ٦٠٠ السابقة الإشارة إليه - نقض ١٩٧٣/١٢/١٢ ملن ٦٨/٤٧٥ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٢١ رقم ٥٣٢ - نقض ١٩٦١/١٢/٧ ملن ٢٦٦/١٠٦ ق مجموعة النقض س ١٢ ص ٧٥٢ رقم ١٢٥ . وانظر أيضاً استئناف الكويت تجارى - الدائرة - ٣-٢٩/٤/١٩٧٨ ، استئناف رقم ١٠٢٥ و ١٠٢٦/٧٧ تج . وقد قضى هذا المحكم بأن حرب أكتوبر ١٩٧٣ بين العرب وإسرائيل وما أعقبها من رفع أسعار البترول تعد حادثاً استثنائياً عاماً لم يكن في الوسع توقعه من شأنه أن يتيح إعمال نظرية الظروف الطارئة . كما قضى المحكم بأن تأثير الصفقة محل النزاع بالطرف الطارئ هو ما يدخل في السلطة التقديرية لقاضى الموضوع .

(٣) هكذا يتركز الاختلاف الأساسى بين نظرية الظروف الطارئة ، من ناحية ، وبين نظرية القوة القاهرة ، من ناحية أخرى ، في الأمرين الآتيين : ( الأول ) يكفى في الحادث =

يظهر مما سبق أنه يلزم ، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . أن يكون من شأن الحدث الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، دون أن يصل إلى حد جعل هذا التنفيذ مستحيلاً . ويراعى ، في توافر هذا الشرط ، معيار موضوعي مجرد يتعاق بالصفة ذاتها . دون نظر إلى شخصية المدين وظروفه الخاصة . فعلى القاضى أن يقصر النظر على ذات العقد الذى يطلب منه تعديل حكمه ، وأثر الظرف الطارئ على تنفيذه : من إحداث اختلال في التوازن الاقتصادى بين الالتزامات المترتبة على كل من طرفيه ، دون اعتداد بعد ذلك بظروف المدين الخاصة من حيث إنها تمكنه من تنفيذ الالتزام أو لا تمكنه <sup>(١)</sup> . ودون اعتداد كذلك بظروف الدائن من العسر أو اليسر . فلو أن شركة مثلاً . التزمت بإنارة مدينة بالكهرباء . في مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور . ثم طرأ حدث استثنائى عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع باهظ في ثمن التكلفة : كان للشركة أن تطلب رد التزامها إلى الحد المعقول : تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة : حتى لو كانت قد بلغت من الثراء حداً يمكنها من الاستمرار في تنفيذ التزامها دون تخفيف . ولو أن شخصاً تعهد . مثلاً ، بتوريد كمية من القمح بسعر معين . طوال مدة محدودة : ثم نشبت خلال هذه المدة حرب أدت إلى ارتفاع سعر القمح إلى ضعفين أو ثلاثة : كان له أن يفيد . بالنسبة إلى المستقبل . من تطبيق نظرية الظروف الطارئة : حتى لو كان له من المال ما يمكنه من الاستمرار

---

= الذى ينحسب سبباً لتطبيق النظرية الأولى أن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين ، دون أن يصل إلى جسر هذا التنفيذ مستحيلاً . أما في تطبيق نظرية القوة القاهرة . فيلزم أن يكون من شأن الحدث الذى وقع أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة . ولو بالنسبة إلى جزء منه . ( لكأن ) يترتب عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يخفف الباقى من الالتزام من المدين ، بأن يرد إليه الحد العادل المعقول . في حين أن تطبيق القوة القاهرة يؤدي إلى نفيها الالتزام كلية ، وينتج عنه إرادة ذمة المدين منه تماماً .

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٣/١ - نقض ١٩٦٨/١٢/١٢ - نقض ١٩٦٤/٧/٢ . وقد سبق الإشارة إلى تلك الأحكام . وانظر كذلك نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٢٢٩/٢٦٨ ق جموعة النقض ص ١٥ من ٤٠٩ رقم ٦٧ - نقض ١٩٦٣/١/٣ طعن ٢٦٦/٢٦٦ ق جموعة النقض ص ١٤ من ٣٧ رقم ٣ - نقض ١٩٧٧/٣/١ ، جموعة النقض ص ٢٨ من ٦٠٠ رقم ١١٠ .



في توريد القمح بالسعر المتفق عليه إلى نهاية المدة ، بل حتى لو كان قد خزن قبل اندلاع الحرب قمحاً يكفي لذلك ، وذلك ما لم يكن هذا التخزين قد تم إعمالاً لشرط في العقد يقضى به .

وإذا توجب ، عند تقدير شرط الإرهاق ، عدم الاعتداد بظروف المدين أو الدائن الشخصية . فإنه يلزم على النقيض من ذلك الاعتداد بظروف الصفقة ذاتها كما إذا صدر قانون يعرض المدين عن الحسارة التي لحقت من جراء الحادث الطارئ<sup>(١)</sup> .

#### ٢٧٧ - مدى سريان نظرية الظروف الطارئة :

رأينا ، فيما سبق ، أن من شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ الحادث الاستثنائي العام غير المتوقع وغير الممكن تداركه ولا دفعه بعد إبرام العقد ، وقبل تمام تنفيذه . فمن الأهمية بمكان أن يكون وقوع الحادث قبل تمام تنفيذ العقد . فإذا كان العقد قد تنفذ في كله أو في بعضه قبل طرؤه الحادث ، ما سرت نظريتنا في صدده ، أو في صدد ما تنفذ من الالتزامات المتولدة عنه .

وإذا توجب لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يقع الحادث الطارئ قبل تمام تنفيذ العقد ، فلا أهمية بعد ذلك للسبب الذي جعل هذا التنفيذ تراخي ، في كله أو في بعضه ، إلى ما بعد وقوعه . ف سواء أن يكون تراخي تنفيذ العقد إلى ما بعد وقوع الحادث ناجماً عن ذات طبيعة العقد ، أم أنه جاء نتيجة إرادة العاقدين ذاتها . فكل ما يتطلبه القانون في هذا الخصوص أن يقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه .

---

(١) حل أن الظرف الذي يُلحق الصفقة ذاتها لا يمنع من إعمال نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان من شأنه أن يرفع الإرهاق عن المدين كلية . أما إذا كان من شأن هذا الظرف أن يخفف الإرهاق ففصب ، فإنه لا يمنع من تطبيق النظرية ، وإنما يفسق من الأثر المترتب عليها . انظر في هذا الصدد نقض ١٩٦٤/٢/٢٦ ملن ٢٩/٣٦٨ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ . وقد قضى هذا الحكم بأن صدور قرار من مجلس الوزراء بمنح بعض التسهيلات لمشتري أراضي الحكومة لا يمنع من إعمال نظرية الظروف إذا ما ثبت أن تلك التسهيلات لم تجهد في رد التزامه المرحق إلى الحد المقبول .

فن العقود ما تقتضى طبيعتها ذاتها أن يأتى تنفيذها على مراحل زمنية متعاقبة تتوالى على مر الأيام ، وهذا هو شأن العقود المستمرة أو الزمنية أو عقود المدة كما يطلق عليها أحيانا ، كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد وعقد المقاولة وعقد التزام المرافق العامة . ولا صعوبة فى مثل هذا النوع من العقود ، حيث إنه من المسلم سريان نظرية الظروف الطارئة فى شأنها ، بالنسبة إلى ما يجىء تنفيذه من الالتزامات المتولدة عنها بعد طرؤ الحدث الاستثنائى العام .

ولكن الصعوبة قد ثارت فى خصوص النوع الآخر من العقود . ونعنى بها تلك التى تقتضى طبيعتها ذاتها أداء الالتزامات المتولدة عنها فور إبرامها : وهى ما يطلق عليها العقود الفورية . ومثالها الفذ عقد البيع . فإذا اقتضت طبيعة هذه العقود أن يتم تنفيذها فور إبرامها ، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يتفق العاقدان على إرجاء تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها . فى كلها أو فى بعضها . إلى تاريخ لاحق . بل وكثيرا ما حصل مثل هذا الاتفاق فى العمل . كما إذا رضى المتبايعان منح المشتري أجلا للوفاء بالثمن فى كله أو فى بعضه ، أو اتفقا على قيام المشتري بدفع الثمن على أقساط . فإذا حصل مثل هذا الاتفاق ومنح المشتري : مثلا ، أجل للوفاء بالثمن . أو قسط هذا الثمن عليه . ثم طرأ الحدث فى الفترة ما بين إبرام البيع وحلول الأجل بالنسبة إلى الثمن أو بعض أقساطه . فهل يحق للمشتري أن يحتاج بنظرية الظروف الطارئة بغية تخفيف الالتزام عليه . بعد أن صار شديد الإرهاق به ؟

لقد ثار هذا التساؤل بالفعل . عقب صدور قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فقد كان من شأن هذا القانون هبوط أسعار الأراضى الزراعية إلى حد بالغ . نتيجة بيع أراضى الاقطاعيين بأثمان زهيدة ، من ناحية ، ونتيجة تحديد أجره تلك الأراضى على نحو مخفض لا يتجاوز سبعة أمثال الضريبة المقررة عليها ، من ناحية أخرى . وهنا رأى الأشخاص الذين كانوا قد اشتروا بالفعل أراضيه قبل صدور ذلك القانون ، ولم يدفعوا بعد أثمانها أو بعض أقساطها ، فى مركز بالغ الحرج . إذ أن تلك الأثمان باتت ، بمقارنتها

بالأسعار الحالية للأراضي ، شديدة الارتفاع ، بحيث إن أداها بمقدارها المتفق عليه يتمثل إرهاقاً كبيراً للمشتري . فجاء بعض هؤلاء وتمسكوا بنظرية الظروف الطارئة ، مطالبين بتخفيض الثمن المؤجل أو ماتبى من أقساطه إلى الحد العادل الذى يرفع عنهم العنت والخرج . فهل يجابون إلى مطلبهم ؟

انقسم القضاء فى هذا الخصوص رأين . فقضت بعض المحاكم بعدم سريان نظرية الظروف الطارئة فى حالتنا <sup>(١)</sup> . واستند هذا النظر إلى الحرج الآتية :

١ - تقتضى طبيعة النظرية ذاتها أن تكون الالتزامات المتبادلة بين الطرفين كليهما متراخية التنفيذ . لا أن يترأخى تنفيذ التزام أحد العاقدين وحده ، حالة كون العاقد الآخر قد وفى بالفعل التزاماته .

٢ - إذا كان من مقتضى العقد أن يؤدى المدين التزامه فور إبرامه . وجاء الدائن واتفق معه على منحه أجلاً للوفاء به . فإن العدالة تأبى أن يضارب الدائن نتيجة ذلك . فهو قد منح المدين أجلاً بقصد التيسير عليه . فلا يسوغ أن يجازى بإلحاق الضرر به .

٣ - نظرية الظروف الطارئة نظرية استثنائية . إذ هى نهض قيداً على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين . والاستثناء لا يتوسع فى تفسيره .

وبرغم ماقد يظهر من قوة الحجج التى استند إليها الرأى القائل بعدم سريان نظرية الظروف الطارئة على العقود التى يترأخى تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها بمخالفة ذات طبيعتها . وإنما لإعمالاً لإرادة عاقدتها فحسب : فإن هذا الرأى لم يسد . وسار القضاء فى مجموعه . وعلى رأسه محكمة النقض . على الرأى العكسى . موسعاً من نطاق أعمال نظرية الظروف الطارئة . على النحو الذى يجعلها سارية حتى على العقود التى يترأخى تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها بفعل لإرادة عاقدتها وحدها . وقد أعمل القضاء هذه التوسعة فى

---

(١) انظر استئناف القاهرة ١٩٥٦/٢/٢٥ مشار إليه فى نقض ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة

شأن البيع المقسط فيه الممن . بالنسبة إلى الأقساط التي تحمل بعد طرء الحادث (١) :  
لأن النسبة إلى تلك التي حلت قبله .

والنظر الذي استقر عليه القضاء هو الذي يتمثل لنا صواباً . فالمادة  
١٤٧ / ٢ تحل نظرية الظروف الطارئة في شكل عام مطلق . غير مطلوبة  
لإعمالها أن يكون الالتزام الذي بات شديد الإرهاق بالمدين قد تراخى تنفيذه  
لسبب أو لآخر . والمطلق يؤخذ على إطلاقه ، ما لم يعم الدليل على تقييده (٢) .

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/١/٣ . مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ - نقض  
١٩٦٣/٣/٢١ . مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ رقم ٥٥ - نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ مجموعة  
النقض س ١٣ ص ١١٧٤ رقم ١٨٦ - نقض ١٩٦٤/١/٣ مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩  
رقم ٦٧ - نقض ١٩٧٤/٧/٢ . مجموعة النقض س ٢٥ ص ٨٩٥ . نقض ١٩٦٥/٢/١٨ ،  
مجموعة النقض س ١٦ ص ١٩١ رقم ٣٠ . وانظر كذلك بحكمة القضاء الإداري  
مجموعة عبد المنعم حسن ، تحت كلمة (الزام) المادة ٢/١٤٧ رقم ١٨ - بحكمة القضاء الإداري  
١٩٦٦/٦/١٩ ، المرجع السابق رقم ٢٤ . وانظر في نفس الاتجاه : السهرى ، تطبيق نظرية  
الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي ، مقال منشور في المأماة  
سبتمبر ١٩٦٠ ص ١٠٧ - وانظر أيضاً : محمد عبد الجواد ، مجال تطبيق نظرية الظروف  
الطارئة . المأماة س ٣١ ص ١٨٨ .

(٢) انظر في هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٣/١/٣ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذه  
الحكم أنه : « واذ بين من هذا النص ( نص المادة ٢/١٤٧ ) أن المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام  
الصاعق ، دون أن يخصص نوعاً من الالتزام الصاعق بعينه ، وإنما أورد النص عاماً بحيث  
يشتمل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التي يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة  
من الزمن ، يطرأ خلالها حادث استثنائي عام غير متوقع يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً  
للدين ، فإن هذه النظرية تطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدوري كما تطبق على  
العقود الفورية التي يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات المدينين ، لتحقيق حكمة التشريع  
في الحالين ، وهي إصلاح ما اعتل من التوازن الاقتصادي المعقد في الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه ،  
نتيجة لظروف الاستثنائية التي طرأت خلال هذه الفترة ، وذلك برفع الثمن عن المدين تمكيناً  
له من تنفيذ التزامه دون إرهاق كبير . وهذا الإرهاق كما يحدث في الالتزامات التي تنفذ بصورة  
دورية أو مستمرة ، يحدث كذلك في الالتزامات الموجلة للتنفيذ . هل أنه يشترط لتطبيق نظرية  
الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعاً إلى  
خطأ المدين . إذ لا يجوز له أن يستفيد في هذه الحالة من تقصيره . . . . . » . وانظر في نفس الاتجاه  
نقض ١٩٦٥/٢/١٨ السابقة الإشارة إليه . وقد أورد هذا الحكم نفس البارة التي سردناها  
حالاً من حكم ١٩٦٣/١/٣ فيها عدا شرطها الأخير ، ثم زاد عليها قوله : « ولا يقتصر على تطبيق »

وفضلاً عن ذلك . فنظريتنا . إن نهضت استثناء على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين : فهي تستهدف الرحمة بمدين تعس الحظ . وليس ينبغي علينا أن نصيق من أبواب الرحمة على التعساء . وزيادة على كل ماتقدم . فأكثر ما يمكن أن يقال في حالتنا إن ثمة شكاً فيما إذا كان المشرع قد أراد قصر أعمال النظرية على العقود الزمنية . أم إنه أراد أن يجعلها سارية حتى على تلك التي يتراخى تمام تنفيذها بفعل لإرادة عاقدتها وحدها . وهذا الشك ينبغي تفسيره في مصلحة المدين . فإن كان الشك في قصد العاقدتين يفسر في مثل حالتنا في مصلحة المدين ( المادة ١٥١ / ١ ) . فإن الشك في قصد المشرع أولى به أن يوجه تلك الوجهة .

أما القول : كما يذهب الرأي المعارض ، بأن طبيعة نظرية الظروف الطارئة تقتضي أن يكون التراخي في التنفيذ قائماً على سبيل التقابل بالنسبة إلى التزامات الطرفين كليهما . فردود عليه بأن ذلك . وإن كان حقاً من طبيعة النظرية . إلا أنه ليس من مستلزماتها . فكل ما يتطلبه القانون في هذا الخصوص أن يكون التزام المدين متراخى التنفيذ بغير تقصير منه . بغض النظر عما إذا كان الالتزام المقابل على الطرف الآخر متراخياً تنفيذه بلوزه من عدمه <sup>(١)</sup> . فالغاية التي تستهدفها النظرية هو منع الاختلال الجسيم في التوازن الاقتصادي الذي قد يطرأ على الالتزام في مراحل حياته : بين نشأته وتنفيذه . بالشروط التي بينهاها .

ثم إن منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه لا يمثل بالضرورة تفضلاً عليه به من دوائه . فهو في العادة شرط ارتضاءه الدائن نفسه . لكي يرتضى المدين بدوره العقد . فلولاه لما كان لهذا العقد قيام بالشروط التي تم عليها <sup>(٢)</sup> .

= نظرية الظروف الطارئة على عقود بيع متوجين فيه التمن كله أو بعضه أن يرجع دفع الثمن إنما قصد به تيسير التنفيذ على المشتري فلا ينبغي أن يفرض به التمتع . ذلك لأن التمتع أمر منصوص في التعاقد على الصفقة أصلاً . ولولا ذلك لم يمكن التمتع من إبرام العقد بالتتمتع المتفق عليه فيه ، ولا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن تفضيلاً من البائع .

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/٣/٢١ السابقة الإشارة إليه .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٥/٢/١٨ السابقة الإشارة إليه .

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة تسرى على مالم يتم تنفيذه من الالتزامات الناجمة عن العقد عند وقوع الحدث الطارئ ، دون اعتبار لطبيعة هذا العقد ، فورياً كان أم من عقود المدة ، فإنه تستثنى من ذلك على نحو ما بيناه منذ قليل ، الحالة التي يكون الالتزام فيها قد حل أداؤه قبل طرؤه الحدث ، ولكن المدين قد قصر <sup>(١)</sup> في الوفاء به إلى ما بعد وقوعه . فالمدين هنا مخطيء ، ولا ينبغي أن ينهض بخطوه فائدة له وضرراً على غيره

### ٢٧٨ - نظرية الظروف الطارئة والعقود الاحتمالية :

ثمة تساؤل قد يطرح نفسه في خصوص تحديد مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة . ويتمثل هذا التساؤل فيما إذا كانت تلك النظرية تسرى على العقود الاحتمالية . أو عقود الفرر كما يطلق عليها في الفقه الإسلامي ، أو لا تسرى . ومرد ذلك التساؤل هو أن طبيعة العقود الاحتمالية تقتضي بذاتها أن يتوقع المتعاقد الخسارة كما يتوقع الكسب ، لأنها مبنية على المخاطرة .

وقد قضت محكمة النقض بعدم إعمال النظرية في شأن عقد من العقود الاحتمالية ، هو عقد بيع القطن لأجل ، أو بيع الكمثرات ، كما كان يسمى ، وهو عقد كان يتم في القديم في بورصة القطن ، وذلك تأسيساً على أن المتعاقد يعلم سلفاً أنه يتعاقد بعقد احتمالي مبناه فكرة المخاطرة <sup>(٢)</sup> ..

والقول على وجه الإطلاق والشمول بأن نظريتنا لا تنطبق على العقود الاحتمالية محل نظر . فليس له سند من القانون . صحيح أن تلك العقود تنطوي على المخاطرة واحتمال الكسب والخسارة ، ولكن تلك المخاطرة تتحدد في ذاتها وفي مداها بالظروف التي أبرم العقد كتنفها . فإذا طرأت ظروف جديدة استثنائية لم تكن في الحسبان ، وجعلت أداء الالتزام بالغ العنت على المدين

---

(١) وينبغي هنا لاعتبار المدين مقصراً على النحو الذي يحرمه من التمسك بنظرية الظروف الطارئة أن يكون قد تقاسم عن الوفاء بالتزامه ، بعد حلول أجله ، وبعد إعذاره . فإن كان أجل الالتزام قد حل ، ولكن الدائن لم يطلب المدين بوجوب وفاته ، ما احتج المدين مقصراً . إذ أن المدين هنا أن يأخذ سكوت الدائن عن مطالبة بالوفاء على محمل التسامح معه .

(٢) انظر : نقض ٦٦/٢/١٥ طعن ٣١/١١٧ قد مجموعة للنقض س ١٧ ص ٢٨٧ .

على نحو يتجاوز إلى حد كبير ما كان الرجل العادي يتوقعه عند إبرام العقد ، فإنه لا يوجد نمة سند قانوني لكي ننأى بالنظرية عن التطبيق .

### ٢٧٩ - أثر الظروف الطارئة :

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي بيناها . أمكن إعمال أثرها . ويتركز هذا الأثر في أنه يتوجب على القاضى . إذا طلب منه المدين ذلك . أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول الذى يراه متفقاً مع العدالة وحسن النية . وذلك بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين . وفى ذلك تقضى المادة ١٤٧ / ٢ فى شرطها الأخير بأنه : « ... جاز <sup>(١)</sup> للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المارحق إلى الحد المعقول ... » .

ورد الالتزام إلى الحد المعقول يتمثل فى تخفيف عبئه عن المدين . ويتم ذلك بإنقاص مدى الالتزام الذى أصبح مرهقاً أو بزيادة قيمة الالتزام المقابل <sup>(٢)</sup> . وفقاً لما يراه القاضى متسقاً مع الظروف . وعلى النحو الذى تقتضيه العدالة وعمله التوفيق بين مصلحة الطرفين كليهما . ومثال تخفيض مدى الالتزام ما حدث . عقب صدور قانون الإصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ ،

---

(١) لا يفهم من عبارة « جاز للقاضى » الواردة فى النص أن للقاضى سلطة تقديرية فى إعمال أثر النظرية أو عدم إعماله . برغم توافر شروطها . بل يتعين عليه هذا الإعمال . انظر فى ذلك مناقشات لجنة القانون المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٨٤ و ٢٨٥ . على أنه لا يسوغ للقاضى بطبيعة الحال أن يعمل نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسه ، إنما يلزم أن يطلب منه المدين ذلك . فإعمال النظرية رخصة للمدين ، له أن يفيد منها أو أن يحجم عنها . فإن طلب الإفادة منها ، وتوافرت شروطها ، تعين على القاضى أن ينجيه إلى إعمالها فى حقه .

(٢) ويلاحظ أن أثر إعمال نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية يختلف عنه فى العقود المدنية . فمن وجه أول ، لا يستطيع القاضى إنقاص التزام المدين . ذلك لأن الفرض هو أن القيام بالعمل المناط بالمدين يتعلق بالصالح العام . ومن ثم فإنه يترتب على إنقاصه الإضرار بهذا الصالح . ومن وجه ثان ، لا يستطيع القاضى إلزام الإدارة بأن تزيد فيما تدفعه مقابل ما يقدمه المدين المرفق . إذ أنه لا يمكن أن يوجه أوامر للإدارة . وهكذا لا يبق أمام القاضى الإدارى ، فى مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة ، إلا الحكم للمدين المرفق بالتعويض ( راجع فى هذا الموضوع ، سليمان الطماوى ، العقود الإدارية ط ٣ ص ٦٨٥ وما بعدها ) .

الذى كان من شأنه أن انخفضت قيمة الأراضي الزراعية انخفاضاً كبيراً . بحيث أصبح الأشخاص الذين كانوا قد سبق لهم أن اشترؤا أراضيهم قبل صدور ذلك القانون ، بأثمان باتت باهظة بمقارنتها بالأسعار الحالية ، مهددين بخسارة فادحة ، فطلبوا إنقاص ما لم يكونوا قد أدوه من الثمن . وأجابهم المهاكم إلى مطلبهم <sup>(١)</sup> . ومثال زيادة قيمة الالتزام المقابل . أن يلتزم شخص بتوريد اللحوم أو الخبز أو الغلال <sup>(٢)</sup> أو غيرها من حاجيات الحياة خلال مدة معلومة بثمن معين ، ثم يحدث ظرف طارئ غير متوقع يؤدي إلى ارتفاع السعر ارتفاعاً باهظاً ، هنا يسوغ للقاضي أن يزيد الثمن إلى الحد المعقول الذى تقتضيه العدالة ويتمشى مع اعتبارات حسن النية .

والقاضي ، وهو يصدد رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، سواء بإنقاص هذا الالتزام أو بزيادة الالتزام المقابل ، لا يرفع عن المدين كل ما طرأ عليه من عنت وضيق ، وبعبارة أخرى كل ما يتهدده من خسارة . فتظرية الظروف الطارئة لا تستهدف إلا مجرد التخفيف عن المدين رحمة به . ولا تتغيا إبعاد كل خسارة عنه . وهى إذ تفعل ذلك ، تقتصر التخفيف على العبء الاستثنائى الذى وقع ، ولا تمس العبء العادى المألوف فى التعامل . فالخسارة العادية المألوفة فى التعامل يتحملها المدين وحده . ولا يحق له أن يطلب من القاضي تخفيف عبئها عنه <sup>(٣)</sup> . لأن مثل هذه الخسارة تتمثل أمراً

(١) راجع أحكام القضاء التى أشرنا إليها فى هامش (١) ص ٥٤٨ .

(٢) كانت المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدى تنص على أن أثر الظروف الطارئة هو أن ينقص القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ولوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ بان إلحاقه يقتضى زيادة الالتزام المقابل . وضرب لذلك مثال شخص يلتزم بتوريد كمية من الشعير بسعر معين ، ثم يرتفع السعر ارتفاعاً باهظاً لسبب طارئ فيسبب القاضي بزيادة الثمن . وكان من شأن تلك الملاحظة أن استبدل بعبارة « أن ينقص الالتزام » عبارة « أن يرد الالتزام » . انظر مجموعة الأحكام التفسيرية ج ٢ ص ٢٨٥ .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٧/٣/١ طعن ٤٤٣/٥٨٠ بمجموعة النقض ص ٢٨ ص ٦٠٠ رقم ١١٠ . وقد جاء فى هذا الحكم : « مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى أنه متى توافرت الشروط التى يطلبها القانون فى الحادث الطارئ ، فإن للقاضي سلطة تعديل المقدرد الالتزام الذى صار مرهقاً إلى الحد المعقول . وهو حين يختار فى حدود سلطته التقديرية =



متوقفاً عند التعاقد . ونظيرتنا لا تواجه إلا الأمر الاستثنائي غير المتوقع . فلو أن شخصاً التزم ، مثلاً ، بأن يورد لآخر كمية من القمح بسعر عشرين جنياً للأردب ، ثم وقعت حرب أدت إلى ارتفاع ثمن القمح إلى مائة . وكانت الزيادة العادية المألوفة في التعامل هي عشرة جنيهات . وجب أن يتحمل المورد هذا المبلغ الأخير وحده . أما القدر الباقي من الزيادة . ومقداره سبعون جنياً . فهو الذي يرد التخفيف عليه .

والقاضي ، بعد أن يقطع الخسارة العادية المألوفة في التعامل ليلقى بها على عاتق المدين وحده ، يوزع عبء ما تبقى من الخسارة . أي الخسارة

---

= الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده ، لكنه يجد من فداخة هذه الخسارة التي تصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيده على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك أقسط في مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين ، لأن المشرع - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التفسيرية للقانون - أخص على نظرية الحوادث الطارئة صيغة مادية ، ولم يأخذ فيها بمقياس فاق أو شخصي ، وإنما جعل مقياسها موضوعياً . وانظر : نقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ طعن ١٤٢ و ٣٧/١٦٦ مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٢٠ رقم ٢٢٧ . وتتلخص وقائع القضية التي صدر فيها الحكم ، في حدود تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، في أن شخصاً باع لآخر أرضاً بشئ معلوم . وحصل جزءاً منه ، وأرجأ الباقي إلى تاريخ لاحق ، وخلال فترة الأجل المحدد لدفع باقي الثمن ، صدر قانون الإصلاح الزراعي ، وتمسك المشتري بنظرية الظروف الطارئة مطالباً بإعفاءه من باقي الثمن . وأجابته محكمة الموضوع إن ما طلب . وخطلت محكمة النقض هذا القضاء ، تأسيساً على أن ما دفع من الثمن قبل وقوع الحدث الطارئ انتهى أمره من حيث إن نظرية الظروف الطارئة لا تسري عليه . أما الباقي من الثمن الذي يحل أجله بعد طرؤه الحدث ، فإن سرت النظرية عليه ، فليس من شأن ذلك أن يمس المشتري كلية منه ، وإنما يقتصر أثرها على تخفيف عبئه عنه فحسب . وذلك بتحميله قدر الزيادة في الثمن المألوفة في التعامل ، ثم قسمة الباقى بينه وبين البائع . وفي ذلك يقول الحكم إنه لا يترتب على نظرية الظروف الطارئة « أن يرفع القاضي عن المدين كل ما لحق به من إرحاق ويلقى به على كاهل الدائن وحده ، بل عليه أن يرد الالتزام المرحق إلى الحد المعقول » وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيده على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين ، مراعيًا في ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما . ومن فلا يجوز إعفاء المدين من التزامه إعفاء تاماً . . . .

الاستثنائية على المدين والدائن على النحو الذى يراه متفقاً مع العدالة ومقتضيات حسن النية وبعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين . وليس يوجد فى المادة ١٤٧ / ٢ ما يتحدد معه نسبة توزيع تلك الخسارة الاستثنائية . ومع ذلك تسير محكمة النقض على توزيعها بالسوية بين الطرفين ، أى مناصفة بينهما (١) :

ونكرر هنا أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، سواء بإنقاص مداه أو بزيادة الالتزام المقابل ، لا يكون إلا بالنسبة إلى ما يراد تنفيذه منه بعد وقوع الحادث الطارئ ، ومع استثناء ما يكون المدين قد تقاعس عن تنفيذه بخططه قبل ذلك . فما وقع وفاؤه من الالتزام ، أو حل أجله وقصر المدين فى أدائه منه قبل طروء الحادث ، لا يدخل فى الاعتبار عند إعمال نظرية الظروف الطارئة (٢) . فإذا أبرم بيع ، مثلاً ، بثمن جزأ على أقساط ، ووقع الحادث الطارئ بعد حلول أجل بعض تلك الأقساط ، فإن مادفع بالفعل منها . أو لم يدفع بتقصر من المشتري ، لا تعمل النظرية فى شأنه ، ويقتصر إعمالها على باقى الأقساط ، سواء ما حل أجلها منها بعد وقوع الحادث الطارئ وما حل أجلها قبل ذلك . ولكن الدائن لم يعدل المدين بأدائها ، لاعتباره بذلك متساعاً ، وكأنه مد للمدين أجل الوفاء بها . بل أن ليس كل ما يجيء من تنفيذ الالتزام بعد وقوع الحادث الطارئ يخضع بالضرورة لنظريةتنا ، وإنما يقتصر أثرها على ما يتوافر فى شأنه شرط الإرهاق فحسب . فأقساط الثمن المستقبلية التى لا يثبت لقاضى الموضوع قيام شرط الإرهاق فى خصوصها ينبغي أن تبعد من دائرة إعمال نظرية الظروف الطارئة . فلا يتناولها التخفيف (٣) ، وإن كان يمكن بطبيعة الحال إجراء التخفيف عليها بعد ذلك إذا استمر الإرهاق فى شأنها .

---

(١) راجع : نقض ١٩٧٧/٣/١ ونقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ المشار إليهما فى الهامش السابق . وانظر فى هذا الاتجاه من الفقهاء : السبوي ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٢١ - جمال زكى ، المراجع السابق نبذة ١٧٥ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٧٦ .

(٣) انظر نقض مدنى مصرى ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه فى حالة إعمال نظرية الظروف الطارئة فى عقود البيع =

وإذا جاز للقاضي ، إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة . أن يرد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول ، بأن ينقص من مده أو يزيد في مقابله ، فإنه يمنع عليه ، إعمالاً لتلك النظرية ، أن يقضى بفسخ العقد<sup>(١)</sup> و<sup>(٢)</sup> ، إلا إذا كان ذلك بناء على طلب المتعاقد الذى تعمل النظرية لإضراراً به ، كوسيلة للتحلل من تعديل آثار العقد<sup>(٣)</sup> . بل إنه لا يسوغ للقاضي أن يحكم بوقف تنفيذ العقد . بخلاف ما رآه بعض الفقهاء<sup>(٤)</sup> ، وإن جاز له أن ينظر المدين إلى ميسرة

التي يكون الثمن فيها مقطوعاً ، يجب على القاضي ألا يعمل الجزاء الذى تتضمنه إلا بالنسبة للمقطوع أو الأقساط التى يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح ، بسبب وقوع الظروف الطارئة ، غير المتوقع ، مرفقاً له ، بحيث يهدد بخسارة فادحة . أما باقى الأقساط المستقبلة فإن القاضي لا يعمل في شأنها هذا الجزاء ، إذا تبين أن هناك احتمالاً لزوال أثر هذا الظروف الطارئة عند استحقاقها . ويكون شأن الأقساط في ذلك شأن الأداءات في عقود المدة من حيث التأثير بالظروف الطارئة . . . . . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ ، مجموعة النقض ص ١٥ من ٤٠٩ رقم ٦٧ .

(١) انظر في هذا الاتجاه : السجورى ، المرجع السابق نبذة ٤٢١ - حشمت أبو ستيت . المرجع السابق نبذة ٣٤٥ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٩٧ .

(٢) وفي منع المدين من طلب فسخ العقد ، يختلف قانوننا عن القانون البولونى . حيث يميز هذا الأخير ، في المادة ٢٦٩ من تقييده للالتزامات ، للمحكمة « أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضى بفسخ العقد » . كما يختلف أيضاً عن القانون الإيطالى حيث يحول المدين إذا ما وقع ظرف طارئ أن يطلب فسخ العقد ، ما لم يدرأه الدائن بعرضه تعديلاً لشروط العقد بما يتفق مع العدالة ( المادة ١٤٦٧ مدنى لإيطاليا ) .

(٣) فللمادة ٢/١٤٧ ، وإن منحت المدين رخصة تعديل آثار العقد برد التزامه إن غدت المعقول ، وإن ألزمت الدائن بهذا التعديل ، إلا أنها لا تلزمه به إلا إذا أراد الإبقاء على العقد . فللدائن أن يتفادى ذلك التعديل بطلب فسخ العقد . صحيح أن هذه الرخصة التى نقول بها للدائن لا تجب لها سداً في ذات نص المادة ٢/١٤٧ ولا في الأعمال التحضيرية التى اكتفت وضعه ، ومع ذلك فزأها أول بالاتباع . ذلك لأن تعديل آثار العقد بحكم القاضي أمر استثنائى يتناقض مع مبدأ الأسبق للقاضي بقوته الملزمة ، الأمر الذى يتحتم منه أن ننظر إليه في حدود الروح الذى ينبغى أن تسود المادة ٢/١٤٧ ونظرية الظروف الطارئة التى أرادت أن تلتبها ، وهى روح الرأفة بالمدين دون التصحية كلية بالدائن . فإن توجب على هذا الأخير أن يذعن لما يراه القاضي من تعديل في العقد ، فيلزم أن يكون ذلك مقصوداً على الحالة التى يريد فيها الإبقاء عليه قائماً ، دون حرمانه من الرخصة في أن يجنب هذا التعديل بطلب فسخ العقد . انظر في هذا الاتجاه : السجورى ، المرجع السابق نبذة ٤٢١ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٩٧ .

(٤) وانظر في هذا الاتجاه : السجورى ، المرجع السابق - عبد المنعم الصده المرجع السابق - حشمت أبو ستيت ، نبذة ٣٤٥ .

أى يمنحه أجلاً<sup>(١)</sup> ، إعمالاً للقاعدة العامة في الوفاء (المادة ٢/٣٤٦) . فكل ما تخوله المادة ١٤٧ / ٢ هو رد الالتزام المرفق إلى الحد المعقول . فهي لا تعطى المدين رخصة التحرر من الالتزام بالكلية عن طريق فسخ العقد<sup>(٢)</sup> ، ولا رخصة إيقاف العقد ولو مؤقتاً .

وأياً ما كان التعديل الذى يرد على الالتزام : إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة . فإن الحكم الذى يقضى به لا يسرى . إلا طالما بقى السبب الذى أدى إليه ، تطبيقاً لقاعدة أن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً . فإذا زال الظرف الطارئ الذى أدى إلى القضاء بتعديل أثر العقد : وجب الحكم بانتهاء هذا التعديل ، والرجوع بالتالى إلى ما كان يقضى به العقد من قبله ، وذلك بالنسبة إلى ما يرتفع عنه أثر الظرف الطارئ من تنفيذ الالتزام . كذلك لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعود المدين مرة أخرى للقاضي . ويطلب منه إجراء تعديل جديد في عبء التزامه : إذا نشأ ظرف طارئ آخر صعب عليه تنفيذ الالتزام أكثر من الأول . وذلك كله مع مراعاة قوة الأمر المقضى بطبيعة الحال .

#### ٢٨٠ - نظرية الظروف الطارئة مقررة لمصلحة المدين ويلزم تمسكه بها :

نظرية الظروف الطارئة مقررة لمصلحة المدين دون الدائن . فالدائن لا يفيد من تلك النظرية . حتى لو أصبح تنفيذ الالتزام شديد الإرهاق به .

---

(١) انظر : السبوري : المرجع السابق - عبد المنعم الصده المرجع السابق - جبال الدين زكي ، المرجع السابق بقية ١٧٥ .

(٢) انظر مع ذلك المادة ٦/٤٥٨ التي وردت في شأن عقد المعاوضة قاضية بأنه : « ... إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التصاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المألوف لمقدار المعاوضة ، جاز للقاضي أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . فهذا النص يعطى القاضي رخصة زيادة أجر المقاول أو فسخ العقد . وهو بهذه المثابة يتخالف مع ما تقتضى به المادة ٢/١٤٧ ، ويجوز من ثم تطبيقاً خاصاً أملاء المشرع لنظرية الظروف الطارئة . راجع في هذا المعنى السبوري ، الوسيط ج ٧ مجلد ١ بقية ١٠٤ . وانظر نقض ١١/٢٤ ١٩٧٠ طعن ٣٦/١٩٩ مجموعة النقض س ٢١ ص ١١٤٨ رقم ١٨٧ .

كما إذا إرجى الثمن في بيع ، ثم هبطت القوة الشرائية للنقود على نحو فادح  
جسيم لسبب طارئ غير متوقع ، أو طرأ ذاك الهبوط في القوة الشرائية  
للنقود على عقد إيجار طويل الأمد .

والحق إن ما نلاحظه اليوم من تفاقم هبوط القوة الشرائية للنقود .  
واستمراره بدون انقطاع منذ أمد طويل ، يجعلنا نهبب بالمشروع أن يواجه  
هذا الخطر المتزايد على الدائنين ذوى الحقوق الممتدة في وجودها إلى آجال  
طويلة ، وعلى الأخص بالنسبة إلى تلك التي يفرض هو نفسه امتدادها إلى تلك  
الآجال . كما هو الشأن في إيجار الأماكن والأراضي الزراعية . وبكفيينا  
تدليلاً على مدى جسامه ذلك الخطر أن نشير إلى أجرة المنازل والشقق  
والحوانيت ونحوها التي أجرت من زمن طويل ، لاسيما تلك التي أجرت قبل  
أول يناير سنة ١٩٤٤ . فلم تعد تلك الأجرة - بعد الانخفاض الرهيب في  
القوة الشرائية للنقود متناسبة البتة مع القيمة التجارية السوقية . الأمر الذي  
بات يلحق الموجرين بظلم اجتماعي فادح جسيم <sup>(١)</sup> .

وإذا كانت نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة مقررة لمصلحة المدين  
وجده دون الدائن ، فإنه يلزمه أن يتمسك بها ويطلب من القاضى إعاها  
في حقه . فليس للقاضى أن يطبقها من تلقاء نفسه .

وإذا توجب على المدين أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة إذا شاء  
أن يفيد منها ، فإنه يجوز له ذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة  
الموضوع . فيستطيع أن يتمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف .  
ولكن لا يجوز له التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . ذلك لأن الحكم  
الاستثنائي الذي لا يعمل النظرية . حالة أن المدين لم يتمسك بها ، لا يعتبر أنه

---

(١) ولعل فيما قاله أبو يوسف - وهو القول المفضى به عند الحنفية - من إنه إذا تغيرت  
قيمة العملة بعد البيع وقبل الوفاء بالثمن ، سواء كان ذلك بالارتفاع أو الانخفاض ، فإن المشتري  
يلتزم بدفع عدد من الدراهم يتناسب مع قيمة العملة عند البيع ؛ لعل هذا القول من الفقيه الإسلامى  
الكبير يدعونا إلى التفكير في تبني حكمه في ظل قانوننا ، عن طريق التوسعة في نظرية الظروف  
الطارئة، أو عن أى طريق آخر من مسالك القانون (راجع في ذلك ما سبق أن قلناه في شأن فكرة  
نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامى ، هامش (١) ص ٥٤٢ ) .

قد أخطأ في تطبيق القانون . ثم أن إعمال النظرية يستلزم التطرق إلى توافر شروطها ، وهى شروط تقوم كلها على وقائع . وليس من مهمة محكمة النقض أن تبحث في الوقائع ، بل هى لا تنتظر في مسائل القانون إذا خالفه واقع <sup>(١)</sup> :

#### ٢٨١ - نظرية الظروف الطارئة من النظام العام :

أرأينا الأثر المترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة ، والذي يتمثل في ثبوت الرخصة للمدين و أن يطلب من القاضى رد التزامه . الذى بات مرهقاً . إلى الحد المعقول . وإعمال هذه النظرية . برغم أنه يحقق للمدين منفعة خاصة . بتخفيف عبء الالتزام عنه ، إلا أنه يتصل بالنظام العام ، حيث إنه يتغيا في النهاية الرحمة والرفق بأشخاص شاءت ظروف طارئة عامة واستثنائية أن تجعل تنفيذ الالتزام . على نحو ما جاء به العقد . شديد الإرهاق بهم بحيث يهددهم بخسارة فادحة وغير مألوفة لم تكن في الحسبان ، وهى من بعد ظروف غير متوقعة ، وليس لهم يد فيها . ولا يستطيع دفعها . وهكذا يتمثل إعمال النظرية مظهراً من مظاهر العدالة الاجتماعية . ومن هنا كان اتصالها بالنظام العام .

ويترب على اتصال نظرية الحوادث الطارئة بالنظام العام أنه لا يجوز للعاقدين الاتفاق على إبعاد أثرها <sup>(٢)</sup> . فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا لعدم مشروعية محله . وسواء في ذلك أن يجيء الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارئ أم بعده . وفي هذا جاءت المادة ١٤٧ / ٢ : بعد أن بينت شروط إعمال النظرية ، وأثرها ، تقول : « ... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/٧/٣ طعن ٣٤/١٧٠ ق مجموعة النقض ص ١٩ من ١٢٣٩ رقم ١٨٦ . وقد جاء في هذا الحكم أنه لا يجوز التسك بنظرية الظروف الطارئة أمام محكمة النقض إذا لم يكن قد حصل التسك بها أمام محكمة الموضوع . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٤/١٢/٣ طعن ٣٩/٢٠٥ ق مجموعة النقض ص ٢٥ من ١٣١٥ رقم ٢٢٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن الادعاء بقيام حادث طارئ جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً هو دفاع يخالفه واقع ، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ طعن ٣٦/١٩٩ ق مجموعة النقض ص ٢١ من ١١٤٨ رقم ١٨٧ .

(٢) وفي هذا تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة ، التى يؤدى إعمالها إلى انقضاء الالتزام ، إذ يسوغ الاتفاق على تحميل المدين ثمة القوة القاهرة ( المادة ٢١٧ / ١ ) .

## ٢٨٢ - نظرية الظروف الطارئة والقواعد القانونية العامة :

تبيننا فيما سبق الأثر الخطير الذى يترتب على إعمال نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة ، والذى يتمثل فى منح القاضى سلطة تعديل آثار العقد . برد الالتزام المهرق إلى الحد المعقول الذى يتوافق مع مقتضيات العدالة وحسن النية ، وشرف التعامل .

والنظرية بهذه المثابة تتمثل خروجاً على القواعد القانونية العامة . وذلك من وجهين : ( الأول ) هى تؤدى إلى تعديل آثار العقد بغير الإرادة المشتركة لعاقديه كليهما ، وتصطدم بالتالى مع المبدأ الأساسى الذى يسود العقود . وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد . ( الثانى ) هى تمنح القاضى سلطة تتجاوز المؤلف من صلاحياته ، حيث إنها ترخص له فى تعديل آثار العقد . فى حين أن الأصل فى سلطانه على العقود الصحيحة يقف عند حد تفسيرها وإعمال حكمها وإزالتها عن طريق الفسخ إذا وقع التعاس فى الوفاء بالالتزامات المتولدة عنها من أحد عاقدىها إضراراً بالآخر .

وقد كان من شأن خروج نظريتنا عن القواعد القانونية العامة أن جازبها الفكر القانونى ردحاً طويلاً من الزمن . برغم ما تقوم عليه من اعتبارات إنسانية قوية وظاهرة<sup>(١)</sup> . بل إنه لازالت المحاكم فى كثير من البلاد . وعلى رأسها فرنسا بالنسبة إلى قضائها العادى . تمتنع عن أن تستجيب إليها : ولم تعملها المحاكم فى أكثر البلاد الأخرى . ومن بينها مصرنا ، إلا بعد أن امتدت إليها يد المشرع فقننتها ، وذلك من عهد ليس بجد بعيد .

وإذا كان من شأن إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تثبت للقاضى . فى صدد العقد . السلطة فى تعديل آثاره ، متجاوزاً فى ذلك حدود سلطته الأصلية لإزائه . ومتخطياً الإرادة المشتركة للعاقدين . فإنه يجد مع ذلك مبرره القوى فى أنه يتمثل رفقاً بمتدين تعسر به الحظ . إذ شادت ظروف طارئة غير متوقعة أن تهدده بخسارة فادحة بعيدة عن كل حسابان . وهو بهذه المثابة

(١) راجع ما سبق نبذة ٢٧٤ و ٢٧٥ .

يتضمن تخفيفاً من شدة القانون وصرامة أحكامه ، ويطبع تنفيذ العقد بطابع العدالة الاجتماعية والرحمة والإنسانية . تم أن أعمال نظرية الظروف الطارئة ليس المظهر الوحيد للخروج بالقاضي عن مألوف سلطاته في صدد العقود في وقتنا الحاضر . فقد منحه المشرع . لاعتبارات هامة قدرها ، وفي حدود معلومة رسمها . السلطة في إقامة العقد ( نظرية تحول العقد — المادة ١٤٤ ) ، والسلطة في تكملة شروط العقد ( المادة ٩٥ ) ، بل والسلطة في إهدار شروط العقد التصفية في عقود الإذعان ( المادة ١٤٩ ) .

وقد رأى بعض الفقهاء <sup>(١)</sup> أن قانوننا المدني تضمن عدة تطبيقات تشريعية خاصة لنظرية الحوادث الطارئة . وذكرنا من بينها نظرة الميسرة ( المادة ٣٤٦ / ٢ ) . وتخفيض أجر الوكيل ( المادة ٧٠٩ / ٢ ) ، وإنهاء الإيجار بالعلو ( المادة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦٠١ و ٦١٦ / ٢ ) . وتعديل حق الارتفاق ( المادة ١٠٢٣ / ٢ والمادة ١٠٢٩ ) . وزيادة أجر القاول أو فسخ عقد المقاولة عند حدوث ما يحل بالتوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين ( المادة ٦٥٨ / ٤ ) . والأمور السابقة كلها . فيما عدا الأخير <sup>(٢)</sup> . لا تعتبر في الحقيقة تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة . إذ هي تختلف عنها اختلافاً جذرياً في شروط أعمالها وأثرها . وتستند إلى اعتبارات أخرى غير تلك التي تستند إليها .

---

(١) راجع السجوري ، الوسيط ج ٢٢٢ .

(٢) أنظر ما سبق ، هامش (٢) من ص ٥٦٤ .



## الفصل الثالث

### نسبية آثار العقد

٢٨٣ - عرفنا من سياق دراستنا في الفصل السابق أن الأصل في انعقد أنه يلزم بكل ما يجيء فيه . وهذا هو ما يطلق عليه « القوة الملزمة للعقد » . وإذا وصلنا إلى أن العقد يلزم بما يجيء فيه . ثار التساؤل عن الأشخاص الذين يلزمهم به : وبعبارة أخرى عن الأشخاص الذين يخضعون لقوته الملزمة . وهدفنا في هذا الفصل أن نحدد هؤلاء الأشخاص .

ومن البدهة أن العقد ينتج آثاره في مواجهة عاقديه . ولكنه لا ينفذ عندهما . فهو يتعداهما إلى من يحلون محلهما في حقوقهما التي ينظهما . أي من يخلفونهما فيها . كما أنه قد يؤثر بطريق غير مباشر في دائنهما . عن طريق ما يؤدي إليه من زيادة أو نقص في الضمان العام . هكذا تبرز الحقيقة الأولى . ومؤداها أن آثار العقد تنصرف أصلا إلى عاقديه . كما أنها قد تنصرف من بعدهما إلى خلفائهما ، كما أنها تؤثر بطريق غير مباشر في حقوق دائنهما .

وإذا كانت آثار العقد تنصرف إلى عاقديه وخلفائهما وتؤثر في حقوق دائنهما ، فالأصل أنها تقف عند هؤلاء لا تتجاوزهم إلى الغير . وهذه هي الحقيقة الثانية ، ومؤداها عدم سريان آثار العقد على الغير .

وهاتان الحقيقتان تكونان معاً « مبدأ نسبية آثار العقد » . بمعنى أن العقد ينتج آثاره في مجال محدد ، هو ذلك الخاص بالمعاقدين وخلفائهما ودائنهما : ولا ينتج أثراً ما في خارج هذا المجال ، وبعبارة أخرى لا ينتج أثراً ما في مواجهة الغير .

ونبدأ بتناول انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفائهما ودائنهما . ثم نتكلم في مبدأ عدم انصراف آثاره إلى الغير .

## المبحث الأول انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف والبناتين

### ٢٨٤ - انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين :

تنصرف آثار العقد بالضرورة إلى المتعاقدين ( المادة ١٤٥ ) . قهما  
الذين صنعاه . وهما بالتالى اللذان يتأثران به .

### ٢٨٥ - انصراف أثر العقد إلى الخلف :

إذا كان انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين أمراً يحتمه ذات طبيعته ،  
فقد شاعت طبيعة الحياة التى نعيشها أن تنصرف تلك الآثار إلى من يخلفون  
هذين المتعاقدين فى حقوقهما . فالإنسان إلى زوال . ولا بد . بعد موته ،  
من وجود من يخلفه فى الحقوق التى يتركها . وحينئذ يتأثر هذا الخلف بالعقود  
التي سبق لسلفه أن أبرمها . بل إن حقوق الشخص قد تنتقل منه إلى آخر  
حال حياته . فيتأثر الثانى بالعقود التى سبق للأول أن أجراها متعلقة بها .  
هكذا تنصرف آثار العقود . من بعد عاقدتها . إلى خلفائهما .

ويقصد بالخلف الشخص الذى يتلقى الحق عن غيره . وهو نوعان :  
خلف عام وخلف خاص .

والخلف العام هو من يخلف سلفه فى كل حقوقه . أى من تم خلافته  
إياه فى كل هذه الحقوق جميعها . سواء أخلفه فيها وحده . أو خلفه فيها  
مع غيره . بنسبة معينة منها . كالنصف أو الثلث أو الربع . وفى ضوء هذا  
التحديد . يبين أن الخلف العام . بالنسبة إلى الشخص الطبيعي أى الإنسان<sup>(١)</sup> ،  
هو أحد اثنين :

---

(١) والخلافة العامة ليست مقصورة على الشخص الطبيعي أو الإنسان . فقد تكون أيضاً  
فى شأن الشخص الاعتبارى . ويجعل ذلك فى الحالة التى يفنى فيها شخص اعتبارى بكل ذمته المالية .  
فى تكليفه من حقوق وما عليه من التزامات ، فى شخص اعتبارى آخر ، سواء أكان هذا =

١ - الوارث ، سواء أكان وحيداً أو مع غيره .

٢ - الموصى له بنسبة من مجموع التركة : كثلثها أو ربعها أو خمسيها .

= الأخير موجوداً من قبل ، أم نشأ بعد فناء الأول فيه . وهذا هو علوجه الخصوص هي حالة الانتماع . وأبرز تطبيقاتها العملية انعاج شركة في أخرى . فشخصية الشركة المنتدجة تزول وتنفى في شخصية الشركر الداجية ، وتنتول كل حقوق والتزامات الأولي الثانية . وهكذا تخلف الشركة الداجية الشركة المنتدجة في كل حقوقها والتزاماتها ، أي أنها تعتبر خلفاً عاماً لها . وقد أكدت المادة ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٥ في شأن الانتماع في شركات المساهمة هذا الحكم ، وسارت عليه محكمة النقض في العديد من أحكامها . انظر في هذا الاتجاه : نقض ١٩٧٣/١٢/١٨ طعن ٣٨/١١٣ مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٢٨٠ رقم ٢٢٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « وحيث إنه لما كان إدماج الشركات بطريق الغم يرتب عليه ... أن تنقضى الشركة المنتدجة وتنسحب شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية ، وتحل محلها الشركة الداجية فيها لما من حقوق وما عليها من التزامات ، وتحلها في ذلك خلافة عامة ، ومن ثم تنصتص وسعد في خصوص الحقوق والديون التي كانت للشركة المنتدجة أو عليها . وقد أكدت المادة ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٥ ... ذلك الأصل ما لم يتفق على خلافه في عقد الانتماع ... » . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٧/٢/١٥ طعن ٣٦/٦١ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٤٥٤ رقم ٨٧ - نقض ١٩٧٠/٥/٢١ طعن ٣٦/٧٦ مجموعة النقض س ٢١ ص ٨٨٠ رقم ١٤١ - نقض ١٩٦٦/٣/١٥ طعن ٣١/٢٨٣ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٨٥ رقم ٨٠ . وانظر من الفقهاء : ثروت عبد الرحيم ، شرح القانون التجاري الكويتي نبذة ٤٣٨ . وقارن بحسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري المصري نبذة ٨٥٢ . وهو يرى أن الشركة الداجية تسأل عن ديون الشركة المنتدجة على أساس حوالة الدين . الأمر الذي يقتضى إقرار الدائن لحوالة . ومؤدى هذا الرأي القول بعدم حصول الخلافة العامة للشركة الداجية ، وإن عاد المؤلف بعد ذلك إلى القول بأن دائن الشركة المنتدجة يستطيع أن يطالب بالشركة الداجية بدينه على أساس أن هذه الأخيرة قد تلقت من الأولى كتلة من الأموال *universalité* فأصبحت بالنسبة إليها في مركز الخلف العام . وفي هذا القول شيء من التضارب والخلط ليس بقليل .

وقد طبقت محكمة النقض فكرة الخلافة العامة الناتجة من الانتماع على الجمعيات . قضية بأن الجمعية الداجية تخلف الجمعية المنتدجة خلافة عامة ( انظر : نقض ١٩٦٤/٥/١٤ طعن ٢٩/٣٠٤ مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٨٥ رقم ١٠٨ ) .

ولكن محكمة النقض رفضت إعمال فكرة الخلافة في حالة التأمين . انظر نقض ١٩٧٤/٤/١٣ طعن ٣٨/١٥١ مجموعة النقض س ٢٥ ص ٦٧٦ رقم ١٠٨ . وقد ورد هذا الحكم في خصوص تأمين مستشفى المؤاساة وأيلولها إلى المؤسسة الملاجية لمحافظة الاسكندرية ، وخلص إلى عدم مسئولية هذه الأخيرة عن ديون الأولى . ولا نرى سداً لهذا الحكم من القانون . فالقوة المؤمنة تنتقل إلى الدولة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات ، ما لم يقض القانون بغير ذلك . وما أشبه حالة =

أما الخلف الخاص . فهو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه : ومن ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائماً به من قبل . فمن يشتري ، مثلاً ، أرضاً أو منزلاً أو سيارة . يعتبر خلفاً خاصاً للبائع بالنسبة للشيء الذي اشتراه . وكذلك يعتبر الموهوب له خلفاً خاصاً للواهب فيها وهبه إياه . ومن يتقرر له حق ارتفاق أو حق رهن . يعتبر أيضاً خلفاً خاصاً للمالك الشيء الذي تقرر الحق عليه . ويعتبر خلفاً خاصاً . في النهاية . من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائماً به من قبل . عن طريق حوالته إليه (١) .

وانصراف آثار العقد إلى الخلف يتنوع في حكمه . بحسب ما إذا كان هذا الخلف عاماً أو خاصاً . وذلك على النحو التالي :

#### ٢٨٦ - انصراف آثار العقد إلى الخلف العام :

الأصل أن آثار العقد . بعد أن تلحق المتعاقدين . تنصرف . على أثر موت كل منهما . إلى خلفه العام . وفي ذلك تقضي المادة ١٤٥ بأنه :

«التأميم بمحلة الاندماج . ثم إنه لا يقبل عقلاً أن تنتقل حقوق المؤسسة المؤقتة إلى الدولة بكاملها . ولا تنتقل إليها - بغير نص خاص - الديون التي كانت عليها . وتفصح من ثم على أصحابها . من أن الخلافة العامة لا تكون إلا إذا أتمت المؤسسة ككل .

وقد رفضت محكمة النقض كذلك فكرة الخلافة العامة في حالة استيلاء الدولة على أموال الآخرين من أفراد أو شركات . انظر : نقض ١٩٦٩/١٢/٣٠ ملن ٣٥/٤١٢ مجموعة النقض س ٢٠ من ١٣٦٣ رقم ٢١٢ . وقد قضى هذا الحكم بأنه ليس من شأن القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ بشأن تنظيم تجارة الأدوية ونحوها - والذي قضى باستيلاء وزارة التموين على المهمات الطبية الموجودة لدى الغير وتسليمها إلى المؤسسة العامة لتجارة وتوزيع الأدوية - أن تحمل هذه المؤسسة الأخيرة محل المستولى لديهم في حقوقهم والتزاماتهم ، وأن يبق هؤلاء الأخيرون مسئولين عن ديونهم إزاء دائرتهم . وهذا من محكمتنا العليا قضاء سليم . إذ أن مجرد الاستيلاء على بعض أموال شخص لا يفي بشخصيته في شخص استولى .

(١) ومثال ذلك أن يكون ( أ ) حق مقداره مائة جنيه على ( ب ) ، ثم يحول ( أ ) حقه هذا إلى ( ج ) ، هنا يعتبر ( ج ) خلفاً خاصاً لـ ( أ ) . أما إذا نشأ الحق للشخص ابتداءً كما إذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود ، فلا تكون ثمة خلافة . فالمقرض لا يعتبر خلفاً للمقرض ، وإما هو دائن له . إذ أن الخلافة لا تكون ، إلا حينما يوجد الحق لشخص ثم ينتقل منه إلى غيره . فهي لا تتوافر إذا تواجد الحق للشخص ابتداءً .

« يتصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث . مالم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

فبعد أن يموت العاقد . تنصرف آثار العقد ، الذى سبق له أن أبرمه . إلى خلفه العام . أى إلى وارثه ، ومن عساه أن يكون قد أوصى له بحصة من تركته . هذه هى القاعدة العامة .

وإذا كانت آثار العقد الذى أبرمه السلف تسرى على خلفه العام . فإن العقد نفسه يسرى على الخلف العام بنفس الوضع الذى كان سارياً به من قبل على سلفه . وهكذا لا يلزم لسريان عقد السلف على خلفه العام وانصراف آثاره إليه أن يكون ثابت التاريخ<sup>(١)</sup> . كما أن الخلف لا يكون له من أدلة الإثبات فى مواجهة المتعاقد مع سلفه . إلا ما كان لهذا الأخير منها<sup>(٢)</sup> .

وتسرى قاعدة انصراف آثار العقد الذى يبرمه السلف إلى خلفه العام بالنسبة إلى الحقوق التى يرتبها العقد . فإذا مات البائع مثلاً . خلفه وارثه فى الحقوق التى تنشأ من البيع . لاسبأ الثمن . وإذا مات المشتري . خلفه وارثه فى حقوقه . وعلى الأخص ما يتعلق منها بنقل الملكية وبسلم المبيع .

أما بالنسبة إلى الديون ، فلا يعمل فى ظل قانوننا المصرى . شأنه فى ذلك شأن غيره من قوانين البلاد التى تقضى بخضوع الميراث لحكم الشريعة الإسلامية ؛ بأحكام الخلافة كقاعدة عامة . إذ يحول دونها المبدأ العام الذى يسود نظام الميراث الإسلامى . وهو مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » . فإذا مات العاقد . وكان من شأن العقد الذى سبق له أن أبرمه أن يحمله بالتزام معين ، فالأصل أن يبدأ بتصفية هذا الالتزام عن طريق أدائه من أموال التركة ، ثم يوزع الفائض من هذه الأموال على الورثة . فكان الوارث إذن

(١) انظر نقض ١١/٥/١٩٧٢ ، مجموعة النقض ص ٢٣ ص ٨٥٢ .

(٢) انظر نقض ٢٣/٣/٦١ ملن ٤٥٩/٢٥ تق مجموعة النقض ص ١٢ ص ٢٦٠ رقم ٣٥ .

لا يخلف سلفه في دينه<sup>(١)</sup>، وإنما الذي يخلفه فيه - في الحقيقة ، هو تركته<sup>(٢)</sup> . وهذا هو ما أراد المشرع أن يتحفظ بشأنه بقوله إن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام ، « دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث » . بيد أن الوارث ، وإن كان من الناحية القانونية لا يخلف مورثه في ديونه ، إلا أنه يتأثر بتلك الديون بطريقة غير مباشرة ، حيث إنها تقلل بالضرورة من أموال التركة . وبالتالي من حصته فيها .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن آثار العقد تنصرف من بعد موت العاقد إلى خلفه العام ، في الحلود التي رسمتها . إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . إذ ترد عليها الاستثناءات الآتية :

١ - إذا تضمن العقد أن أثره من آثاره لا ينتقل من العاقد إلى خلفه . مادام الشرط القاضي بذلك لا يخالف النظام العام . ومثال هذه الحالة . أن يؤدي شخص لآخر سيارته لمدة معينة . ويتفقان على إنهاء الإجارة بموت المستأجر . وإذا وقع قبل فواتها .

٢ - إذا اقتضت طبيعة التعامل أن الحلق الناشئ من العقد لا ينتقل إلى الخلف أو أن الالتزام لا يتحمل تركته . ويحصل ذلك في كل حالة يبرم فيها العقد بمراعاة شخصية المتعاقد . كعقد الشركة ، وعقد المزارعة ، وعقد

---

(١) وهذا بخلاف المعمول به في القانون الفرنسي . حيث يعتبر الوارث مجرد امتداد لشخصية المورث ، الأمر الذي يترتب عليه أن يخلف الأول الثاني في كل حقوقه وكل ديونه على سواء . والنتيجة المترتبة على هذا المبدأ هي أن الوارث يلتزم بديون مورثه بالغة ما بلغت قيمته ، أي حتى لو زادت في مداها عن نفعيه من أمواله . بيد أن القانون الفرنسي يلجأ إلى تخفيف حدة هذه القاعدة بأن يخون الوارث ألا يلتزم بديون مورثه إلا في حدود ما يتناهل من تركته ، وذلك إذا ما قبل التركة بشرط الجرد *Sous bénéfice d'inventaire* ، كما يحوله أيضاً حق رفض التركة برمتها .

(٢) على أن قصر الخلافة على الحقوق دون الديون . نتيجة أعمال قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » . لا يكون بطبيعة الحال إلا بالنسبة إلى الشخص الطبيعي أي الإنسان . أما بالنسبة إلى الشخص الاعتباري ، فإن خلافته العامة لسلفه تم على الديون كما تم على الحقوق - راجع في ذلك هامش (١) ص : ٥٧٤ .

الوكالة (١) ، والعقد الذى يلزم به طبيب بعلاج مريض .

٣- إذا قضى القانون بأن أثر العقد أو التصرف عموماً لا ينصرف إلى الخلف . وأهم ما يقضى به القانون فى هذا الصدد هو ما تعلق بالوصية . فإن كان القانون يبيح للشخص أن يتصرف فى كل ماله تصرفاً نافذاً فى حق ورثته . حتى لو كان ذلك بطريق التبرع . وحتى لو قصد من تصرفه ألا يخلف لورثته من بعده شيئاً (٢) . مادام هذا التصرف غير مضاف فى إنتاج أثره إلى ما بعد موت صاحبه . إلا أنه يقيد حق الشخص فى إجراء التصرفات المضافة فى إنتاج أثرها إلى ما بعد وفاته . أى هو يقيد فى إجراء الوصية . فإن كان للشخص . مثلاً . أن يبيع ماله ولو كله . أو يهبه أو يقفه على الخبير . مع سريان تصرفه من بعد موته على ورثته . إلا أنه لا يسوغ له إجراء وصية فى حق هؤلاء الورثة . إلا فى حدود ثلاث ما يخلفه فى تركته (٣) .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/٢/١٣ طعن ٣٣/١٠٦ فى مجموعة النقض من ١٩ من ٢٥٤ رقم ٣٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدف ومذكرته الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضى بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين . بل تتجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية ، واستثنى من هذه القاعدة الحالات التى تكون فيها العلاقات القانونية شخصية بحته . وهى تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص فى القانون » .

(٢) وهنا يبرز الفارق الكبير بين الورثة وبين الدائنين . فالقانون وإن كان لا يحسب الأولين من تصرفات المورث المنجزة ، أى التى من شأنها أن تنتج آثارها حال الحياة . فهو يحسب الدائنين من تصرفات مدنيهم . إن كان معسراً ، عن طريق الدعوى الجزئية بشروطها القانونية ( المادة ٢٣٧ وما بعدها ) .

(٣) والحكمة التى أدت بالمشرع إلى إجراء هذه التفرقة بين التصرفات المنجزة . كالبيع والهبة والوقف من ناحية ، والتصرف المضاف إلى ما بعد الموت ، وهو الوصية ، من ناحية أخرى ؛ الحكمة من هذه التفرقة هى أن فى نفاذ التصرفات الأولى حال حياة المتصرف وحرمانه بالثالث شخصياً من الأموال التى وردت عليها ، ما يجعله يتردد فى إجرائها . ولا يلجأ إليها إلا عند الضرورة . وهكذا يكون الورثة فى هذا المجال مشمولين بالحماية ، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر . أما الوصية ، فهى لا تنتج أثرها إلا بعد وفاة تجريبها . وهى بذلك لا تحرم هذا الأخير شخصياً من المال . الأمر الذى قد يشجعه على إبرامها ، فيضار الورثة منها . لذلك عمد المشرع إلى حماية الورثة من آثار الوصية ، فقرر أنها لا تسرى فى حقهم ، إلا فى حدود الثلث .

هكذا نصل إلى أن القانون يقضى بأن آثار الوصية لا تنصرف إلى الورثة فيها تجاوز الثلث . ولم يكثف القانون بذلك . بل قرر أن كل تصرف يجريه الشخص في مرض موته . على سبيل التبرع ، يعتبر وصية ويأخذ حكمها .  
أيأ ما كانت التسمية التي تطلق عليه ( المادة ٩١٦ / ١ ) . ثم إنه أقام قرينة قانونية مؤداها افتراض أن التصرف الصادر في مرض الموت قد جاء على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صلبه له هذا التصرف أنه قد أجرى معاوضة ( المادة ٩١٦ / ٣ ) . والورثة في إثباتهم أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض موته ، يعتبرون في حكم الغير . لأنهم يستهدفون بذلك اعتباره وصية<sup>(١)</sup> . وبالتالي عدم سريانه في حقهم . إلا في حدود الثلث . ولذلك فلا يحتاج عليهم بتاريخ التصرف ، إن لم يكن ثابتاً بوجه رسمي . وهنا يخفى لهم أن يقيموا الدليل على أن التصرف قد صدر حقيقة في مرض الموت بكافة أدلة الإثبات ( المادة ٩١٦ / ٢ ) .

ومما يقضى به القانون في خصوص عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام أن حق نقض الاشتراط لمصلحة الغير لا يكون إلا للمشرط . فلا ينتقل من بعده إلى خلفه ، على نحو ما سنبينه بعد قليل عند تناول الاشتراط لمصلحة

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/١/١٣ طعن ٣١/٢٢٠ في مجموعة النقض ص ١٧ ص ٢٢٤ رقم ١٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن « التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة ، ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته . لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته . أما ما يكون قد عرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه . ولا يعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طمعه على هذا التصرف هو أنه ... في حقيقته وصية ، أو أنه صدر في مرض موت المورث . فيعتبر حينئذ في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستند الوارث حقه من القانون مباشرة لحماية له من تصرفات مورثه . » . وانظر كذلك نقض ١٩٦٤/٤/٩ ، مجموعة النقض ص ١٥ ص ٥٢٥ رقم ٨٤ . وقد جاء في هذا الحكم أن الوارث في طمعه في اتبع الصادر من مورثه بأنه وصية أو بأنه في مرض الموت ، يستند حقه في الطعن من القانون . لا باعتباره خلفاً عاماً . ومن ثم يكون له الإثبات بكل الطرق . أما إذا كان يطعن في تصرف مورثه بالصورية المطلقة ، فهو يعتبر خلفاً عاماً . ولا يكون له إلا ما كان لسلفه .



الغير . ومما يقضى به القانون في هذا الصدد أيضاً ما تعلق بعقد الوكالة <sup>(١)</sup> .  
إذا أن الوكالة تنتهى بحسب الأصل بموت أى من الموكل أو الوكيل ( المادة  
٧١٤ ) .

يخلص من كل ما سبق أن الأصل هو أن أثر العقد . أو التصرف عموماً .  
ينصرف من بعد وفاة العاقد . إلى خلفه العام . « ما لم يتبين من العقد أو من  
طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

#### ٢٨٧ - انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص :

تنصرف آثار العقد الذى يبرمه السلف . بشروط محددة . إلى خلفه  
الخاص . وفى ذلك تقضى المادة ١٤٦ بأنه : « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً  
شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص . فإن هذه الالتزامات  
والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشيء . إذا كانت  
من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه » .

فإذا أبرم شخص عقداً : وأنشأ هذا العقد فى ذمته حقوقاً أو التزامات  
متصلة بشيء معين . كما إذا أمن على منزله ضد خطر الحريق . ثم انتقل  
هذا الشيء إلى آخر : كما إذا باعه له . فإن الحقوق أو الالتزامات السابقة  
تنتقل . مع انتقال الشيء . من السلف إلى الخلف . على أنه يلزم . لحصول  
هذا الانتقال . أن تتوافر الشروط الآتية :

١ - يجب أن يكون العقد الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات التى يقع  
فيها الاستخلاف سابقاً فى إبرامه على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف .  
فلو أن شخصاً أمن على منزله ضد الحريق . ثم باعه . أمكن لحقه فى التأمين  
أن ينتقل منه إلى المشتري . أما إذا أبرم التأمين بعد البيع . فإن الاستخلاف  
لا يحل فى الحق المتولد عنه . وإذا التزم شخص نحو جاره بالآيئى على أرضه .

---

(١) انظر تقضى مدنى ١٣/٢/١٩٦٨ ، مجموعة التقضى ص ١٩ ص ٢٥٤ رقم ٣٨  
السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بعدم سريان وكالة الهاجى على ورثة موكله ، وبعد  
أحقية بالتالى فى مطالبته شخصياً بتعاقبه عن مجهوداته التالية لوفاة المورث .

أو بالأبواب عليها لأكثر من ارتفاع محدد ، حتى يمكنه من الهواء والنظر ، ثم باع الملتزم أرضه تلك في تاريخ لاحق . انتقل الالتزام بعدم البناء إلى المشتري . حيث يستخلف البائع فيه . بشرط أن يكون عالمًا بالتقييد في البناء عند البيع . على نحو ما سنذكره في الشرط الثالث . ومؤدى القواعد العامة هنا أن يكون السبق في تاريخ نشوء الالتزام على البيع ثابتاً بوجه رسمي<sup>(١)</sup> . إذ أن المشتري . بالنسبة إلى العقد الذي ولد الالتزام بالتقييد في البناء . يعتبر من الغير . بيد أن في تطلب علم الخلف الخاص بالعقد الذي أبرمه سلفه قبل خلافته إياه . والذي يراد له أن ينصرف أثره إليه ، ما يغني عن ثبوت تاريخه ؛ أو هو في مقام ثبوت هذا التاريخ . فإدام الخلف يعلم أن سلفه قد سبق له أن أبرم العقد الذي رتب الالتزام المتعلق بالشئ الذي صارت من بعد خلافته فيه . فيكون غير ذي موضوع أن يحتاج بعدم ثبوت تاريخه بوجه رسمي<sup>(٢)</sup> .

(١) راجع الأهمال التحفيرية ج ٢ ص ٢٧٥ فيما جاء فيها تطبيقاً على المادة ٢٠٦ مهيئ .  
(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/٢/١ طعن ٣١٠/٣٠٧ ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٢١ رقم ٢٩ . وتخلص وقائع الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم في أن شخصاً تمهد لآخر بأن يقيم مبنى من ستة طوابق ويؤجره له لكي يستعمنه فندقاً . كما تمهد له بأن يركب في هذا المبنى مصعداً . ثم المؤجر البناء وسلمه للمستأجر . دون أن يركب المصعد ، ثم باع المبنى لابنته حالة كونها تعلم بالالتزام بتركيب المصعد . طألت المستأجر بعد ذلك أن تسمح له المحكمة بتركيب المصعد على أن يرجع بالتكلفة على المشتري . باعتبار أنها خلف خاص للبائع ينصرف إليها التزام بتركيب المصعد . دفعت المشتري الدعوى بقائلاً إن العقد الذي ولد على سلفها (البائع) الالتزام بتركيب المصعد ليس ثابت التاريخ قبل انتقال ملكية المبنى إليها . ولم تسأرها محكمتنا العليا في هذا النظر ، اعتباراً بأن علمها قبل انتقال ملكية المبنى إليها بالالتزام سلفها بتركيب المصعد يغني عن ثبوت التاريخ بوجه رسمي . بل إنه في مقامه . وهي في ذلك تقول إن مفاد المادة ١٤٦ مدني . « إذ تقرر القاعدة العامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ، اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشئ إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى هذا الخلف الخاص عالمًا بالعقد وقت انتقال الملكية إليه . وإذ في تطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ ، فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ . ويمد طريقاً من طرق إثبات الورقة العرفية ضده ، فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفاً خاصاً ... » . وانظر في هذا الاتجاه ، وفي خصوص أن علم انصراف إليه باليمين أنؤجره بإيجارها يغني عن ثبوت تاريخ الإيجار بوجه رسمي ، مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٧٩ .

٢ - يجب أن تكون الحقوق أو الالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات المال الذي انتقل من السلف إلى الخلف . بحيث تنشأ الحقوق في خلعمة هذا المال بطريق مباشر . على نحو يمكن معه القول بأنها تتصل به على اعتبار أنها من توابعه هو الخادمة له والمفيدة في استخلاص<sup>(١)</sup> المنفعة منه<sup>(٢)</sup> . وبحيث تنشأ الالتزامات<sup>(٣)</sup> لتحد من الانتفاع بالمال وتضييق من مجال الإفادة منه ، على نحو يمكن معه القول بأنها تعتبر من محدداته<sup>(٤)</sup> .

فالحقوق والالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف يلزم أن تكون قد

(١) وقد جاء في مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٢٠٦ منه التي أصبحت المادة ١٤٦ من القانون ، ما يأتي : « والثاني ( الشرط الثاني ) أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء . ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كمقدور التمتع . مثلاً . أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به ، كما هو الشأن في الالتزام بعدم البناء » .

(٢) ومن الحقوق التي اعتبرها القضاء من توابع الشيء ، والتي يشملها بالمال الاستخلاف ، حق رجوع المشتري على بائنه بضمان الاستحقاق وبضمان العيب الخفى ، فهذا الحق ينتقل إلى المتصرف إليه من المشتري ، بحيث يستطيع الرجوع على البائع الأصل بدعوى مباشرة ، وليس فقط بدعوى مدينية ( انظر نقص باريس ١٢ نوفمبر ١٨٨٤ - دالوز ١٨٨٥ - ١٤ - ٣٥٧ ) . وانظر في نفس المعنى : السجوري ، الوسيط ج ١ ط ٢ ص ٦١٠ هامش ٢ ) ، وحق المشتري في تسلّم المبيع من بائنه ، حيث ينتقل هذا الحق لمن يشتري ثانية الشيء من مشتريه الأول ( راجع نقص مصرى مدني ١٢/٢٧/١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض ص ٣ رقم ٥٣ ص ٣٠١ . وقد جاء في هذا الحكم أن عقد البيع ينقل للمشتري جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعوى المرتبطة به . ومنها حق البائع في تسلّم المبيع من البائع السابق ) . وحق مالك البناء بالرجوع بالتسوية على المهندس أو المقاول ، حيث ينتقل حقه هذا مع العين نفسها عند تصرفه فيها كإلزامها ( انظر Aix Trib. civ. seine ١٩٤٤/٧/٧ ، سيري ١٩٤٥ - ٢ - ٩ . وانظر أيضاً Aix J.C.P. ١٩٥٤/١٠/٦ ، ١٩٥٥ - ٢ - ٨٥٤٨ وتعليق Rodière ، ومنشور أيضاً في rev. tr. dr. civ. ١٩٥٥ ص ٦٧٤ وملاحظات Carbonnier .

(٣) المقصود بالالتزامات هنا هو مدلولها الحقيقي . أما الأعباء العينية التي تتمثل حقوقاً عينية كحقوق الارتفاق أو الرهون ، فهي تسري بالضرورة في مواجهة الخلف الخاص في كل الأحوال ، اعتباراً بأنها تحد عينياً من ملكية السلف . الذي لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما له .

(٤) وقد قضى بأن التزام المؤجر بأن يركب مصعداً في عمارته لمصلحة المستأجر ينتقل إلى من يشتري منه هذه العمارات ( نقص مصرى ١٩٧٦/٦/٩ مجموعة النقض ص ٢٧ رقم ١٣٢٢ ص ٢٥ . انظر أيضاً نقص ١٩٦٦/٢/١ مجموعة النقض ص ١٧ رقم ٢٢١ وقد سبق الإشارة إليه ) .

تقررت للسلف مع مراعاة العين نفسها <sup>(١)</sup> . لا بمراعاة شخصه هو . بل إنه لا يكفي مجرد أن تكون تلك الحقوق والالتزامات قد ترتبت للسلف أو عليه مع مراعاة العين نفسها . وليس بمراعاة شخصه هو ، وإنما يتوجب أن تكون متصلة مباشرة بالعين بحيث يمكن . كما سبق أن قلنا ، للحقوق أن تعتبر من توابعها التي تخلفها وتسهل الانتفاع بها ، وللالتزامات أن تعتبر من محدداتها التي تضيق من نطاق الانتفاع بها وتقع عبءاً عليها . ويلاحظ أن مثل هذه الالتزامات تقترب إلى حد ما من حقوق الارتفاق . وأن اختلفت عنها اختلافاً أساسياً في كونها شخصية . حالة كون الارتفاقات هي حقوق عينية . ولتقارب مثل هذه الالتزامات من حقوق الارتفاق . جرى بعض الفقهاء على نعتها بالالتزامات العينية *obligations réelles* أو بالالتزامات مع مراعاة العين *intuitu rei* أو المتعلقة بالعين *propter rem* .

وإذ خلصنا إلى أن الحقوق والالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف هي تلك التي تكون متصلة بالشيء الذي ينتقل من السلف إلى الخلف على نحو ما بيناه . فلننا نلاحظ أن المادة ١٤٦ عبرت عنها . بالنسبة إلى هذا الشيء . بقولها إنها « من مستلزماته » . وهي عبارة بعيدة كل البعد عن التوفيق . إذ أن معناها الخرفي هو الأهور التي يتحتم تواجدها حتى يؤدي الشيء الغاية المقصودة منه . وليس هذا هو المقصود في الخلافة الخاصة بطبيعة الحال . وإنما المقصود منها هو الذي سبق أن قلناه من لزوم اتصال الحقوق والالتزامات بالشيء الذي يحصل الاستخلاف فيه اتصالاً مباشراً ، بحيث يمكن اعتبار الأولى من توابعه الخادمة له واعتبار الثانية من محدداته .

فحق صاحب المنزل في تأمينه ضد خطر الحريق . الثابت له بمقتضى عقد التأمين . يعتبر من توابعه . حتى إذا ما انتقل هذا المنزل إلى خلف خاص . كمشتر . أمكن لذلك الحق في التأمين أن يشمل الاستخلاف <sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر هذا المعنى : Aubry et Rau ، طبعة ٦ التي أصدرها Bartin ج ٢ بته ١٧٦ ص ٢٩٩ - Boudry-Lacantinerie طبعة ٣ ص ٦٣٨ - Jossierand ج ٢ ص ١٣٥ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠٦ تمهيلي التي أصبحت المادة ١٤٦ من القانون ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٧٥ .

وإذا اتفق صاحب عماره مع شركة مصاعد على أن تتولى الإشراف على مصعده وعلى صيانه ، اعتبر حقه الناشئ من هذا العقد من توابيع العمارة . حتى إذا ما بيعت ، أمكن لذلك الحق أن ينتقل معها إلى المشتري . أما إذا كان الحق الناشئ بمقتضى العقد لا يعتبر من توابيع المال ذاته . لاسيما إذا كان متعلقاً بالشخص نفسه ، ما شمله الاستخلاف . ومثال ذلك أن يتفق شخص مع مقاول على أن يبنى له على أرضه منزلاً . ثم يبيع هذه الأرض ، فهنا لا يشمل الاستخلاف حق البائع قبل المقاول (١) .

والالتزام الذى يتصل بالشئ ذاته . بحيث يضيق من نطاق استعماله والانتفاع به . يعتبر من محدداته ، ويجوز بالتالى للاستخلاف أن يشمله . ومثال ذلك أن يتعهد صاحب أرض بالآ يتجاوز بالبناء عليها ارتفاعاً محدداً . أو أن يتعهد بأن يترك . عند البناء فيها ، قدراً معيناً من المساحة بغير بناء (٢) . هنا يعتبر تحديد الانتفاع بالأرض . حتى لو لم يتقرر إلا بمقتضى التزام شخصي . أى حتى لو لم يتقرر بمقتضى حق ارتفاق مسجل وفقاً للقانون . من محدداتها . حتى إذا ما انتقلت ملكية هذه الأرض إلى شخص معين ، أمكن للاستخلاف أن يشمل التحديد فى استعمالها . أما إذا كان الالتزام لا يعتبر من محددات الشئ ذاته بالمعنى الذى يبناه ، فلا يشمله الاستخلاف . ومثال هذه الحالة الأخيرة أن يعد صاحب أرض أو دار بأن يؤجرها لآخر ، ثم يبيعها لثالث ؛ هنا لا يعتبر المشتري ملتزماً بالوعد بالإيجار ، إذ أن الاستخلاف لا يشمل الوعد بالإيجار (٣) ، لعدم اعتباره من محددات العين المؤجرة ذاتها (٤) .

(١) ويختلف الأمر لو أن المبيع مبنى فى دور الاكتمال ، وعلى الأخص إذا كان فى دور التشطيب ، إذ أنه يمكن هنا القول بأن حقوق المالك إزاء المقاول فى إنجاز المبنى على نحو ما يقضى به عقد المقاولة تبعد عن ذات شخصه ، لتقرب من المبنى ذاته ، وتصل به على اعتبار أنها من توابيع الخادمة له ، ومن ثم يمكن للاستخلاف أن يشملها .  
(٢) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠٦ مهيى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٧٥ .  
(٣) انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا عقد الإيجار ، نيلة ٣٢٠ .

(٤) انظر تمييز الكويت ١٩٧٤/٤/٢٤ ، القضاء والقانون ص ٥٥ ص ١١٢ رقم ٢٩ .  
وقد جاء فى هذا الحكم أنه وفقاً للمادة ١٤٢ تجارى ملهى ( المقابلة المادة ١٤٦ ملهى مصرى ) =

٣- والشرط الثالث والأخير خاص بانتقال الالتزامات المتصلة بالشيء.  
إلى الخلف الخاص وحدها دون الحقوق . ومؤداه أن يكون هذا الأخير عاماً  
بها عند انتقال الشيء إليه <sup>(١)</sup> . أما الحقوق . فيمكن دائماً للخلف الخاص أن  
يطلب انتقالها إليه ، ما دامت من توابيع الشيء . فالتابع يتبع متبوعه .

تلك هي الشروط اللازم توافرها لانصراف آثار العقد الذي يبرمه السلف  
في حق خلفه الخاص ، وفقاً لما تقتضيه القاعدة العامة المقررة بمقتضى المادة  
١٤٦ . وقد يتعد المشرع بنص خاص . وفي حالة معينة . عن هذه الشروط  
على نحو أو على آخر . فيتواجد تطبيق تشريعي لقاعدتنا له حكمة التمييز .  
وأبرز صورة لذلك سريان عقد الإيجار بما يرتبه من حقوق والالتزامات على  
المؤجر في حق من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة ( المادة ٦٠٤ ) . ففي  
هذه الحالة . تنصرف آثار الإيجار إلى الخلف الخاص . حتى لو لم يكن عالماً  
عند انتقال ملكية العين إليه بسبق إيجارها <sup>(٢)</sup> .

#### ٢٨٨- تأثر الدائنين بالعقود التي يبرمها المدين :

لا تنصرف آثار العقود التي يبرمها المدين إلى دائنيه : بالمعنى الذي  
قصدناه عند الكلام في انصراف تلك الآثار إلى الخلف . عاماً كان أم خاصاً .  
فآثار العقد تنصرف من بعد السلف إلى الخلف . بمعنى أن هذا الأخير  
يخلف الأول فيما يترتب عليه من حقوق . كما أنه يتأثر بالالتزامات التي

---

= لا تسري الالتزامات التي كان يتحملها السلف على خلفه الخاص الذي انتقل إليه منه شيء معين .  
« إلا إذا كانت محددة لذلك الشيء مثقلة له ، كأن تجد من حرية الانتفاع به أو تقيده حق مالكه في  
استعماله . أما ما يترتب عليه من التزامات شخصية . كالتزام المؤجر بأن يكون قد أجر العين قبل  
بيعها ، فإن هذا الالتزام لا ينتقل إلى المشتري . إلا إذا وجد نص قانوني خاص أو تم الاتفاق عليه  
بين السلف وخلفه . . . »

(١) ويشترط هنا العلم اليقيني . فلا يكفي إمكان العلم . راجع الأعمال التمهيدية ج ٢  
ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٢) انظر . في سريان الإيجار في مواجهة من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة ، مؤلفنا عقد  
الإيجار نية ٣١٥ وما بعدها . وانظر كذلك نقض ١٩٧٦/٦/٩ ، مجموعة النقض ص ٢٧  
ص ١٣٢٢ ، وقد سبق الإشارة إليه .

حملة نها في الحدود التي رسمناها . أما الدائنون ، فهم لا يلتزمون بأثار العقد ، بهذا المعنى . فهم لا يصبحون أصحاب الحقوق التي يرتبها العقد للمدين ، كما أنهم لا يلتزمون بالوفاء بالدينون التي يحملها بها . وهكذا فلا يسوغ أن يعتبر الدائن خلفاً عاماً للمدين : كما ذهب إلى ذلك بعض الشراح من الأقدمين . جامعين بذلك بينه وبين الورثة ومن في حكمهم من الموصى لهم بخصه في التركة :

وإذا كان الدائن لا يعتبر خلفاً للمدين . فليس معنى ذلك أنه لا يتأثر بالعقود التي يبرمها . فلهذه العقود تأثيرها عليه . ولكن بطريق آخر غير مباشر . فالقانون يجعل من جميع أموال المدين ضماناً عاماً لكل من دائنيه ( المادة ٢٣٤ ) . فإن أبرم المدين عقداً رتب له حقاً . أو حملة بدين . فإن دائنيه يتأثرون بالضرورة . إذ أن الضمان العام الذي لهم يزداد أو ينقص . على حسب الأحوال . ويظهر تأثير الدائنين بعقود المدين . على وجه الخصوص . في حالة إعساره أو إفلاسه .

وإذا كان الدائنون يتأثرون بالعقود التي يبرمها مدينهم في الحدود التي رسمناها . فهم يتأثرون بها . كقاعدة عامة . بنفس الوضع الذي يسرى عليه هو . فلا توجد ثمة علاقة مباشرة بين الدائنين وبين الآثار التي ترتب على عقود المدين . فإن مستهم تلك الآثار . فما ذلك إلا لأنها تنصرف إلى ذمة المدين ، فتتغير فيها زيادة أو نقصاناً . ثم يرتد بعد ذلك أثرها عليهم : عن طريق ذمة المدين نفسها . بسبب زيادة ضامنهم العام أو ضعفه . هذه هي العلة في أن الدائنين . كأصل عام : يتأثرون بعقود مدينهم بنفس الوضع الذي يتأثر هو به <sup>(١)</sup> . وهذا هو سبب الخلط بين الدائنين وبين الورثة في الفقه القديم . حيث اعتبروا . مثلهم . ضمن الخلف العام .

وإذا كانت القاعدة العامة هي أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين . في

---

(١) ومن أهم النتائج التي ترتب على أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين في الحدود التي رسمناها . بنفس الوضع الذي يسرى عليه هو ، أنه لا يلزم للاحتجاج عليهم بتلك العقود أن تكون ثابتة التاريخ .

الحدود التي رسمناها ، بنفس الوضع الذي يسرى عليه هو ، فهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها استثناءان هامين . يستهدف أولهما حماية الدائنين من الغش الذي قد يلجأ إليه المدين أضراراً بهم . ويستهدف ثانيهما تأمينهم من خطر المظهر الكاذب الذي يصوره المدين ، أو يشرك في تصويره ، ليخفي حقيقة قانونية معينة . ومؤدى الاستثناء الأول ، أنه يجوز للدائن ، بشروط معينة . اعتبار التصرف الذي يضره والذي قام على الغش <sup>(١)</sup> ، غير نافذ في حقه . ووسيلته إلى ذلك الدعوى البولصية ( المادة ٢٣٧ إلى ٢٤٣ ) . أما الاستثناء الثاني . فوُده أنه يسوغ للدائن . إن كان ذلك في مصلحته ، أن يتمسك بالتصرف الكاذب . إذا كان يجهله ، أو يتمسك بالتصرف الحقيقي . أيهما يراه له أوفق . ووسيلته إلى ذلك دعوى الصورية ( المادة ٢٤٤ ) .

### المبحث الثاني

#### عدم انصراف آثار العقد إلى الغير

٢٨٩ - بينا . فيما سبق ، أن آثار العقد تنصرف إلى العاقدين ، ثم من بعدهما . إلى الخلف عاما كان أم خاصاً ، في حدود معينة رسمناها . كما بينا أن تلك الآثار ترتد إلى الدائنين . بطريق غير مباشر ، حيث إنه يرتب عليها زيادة الضمان العام أو نقصه . وتتناول هنا آثار العقد بالنسبة إلى الغير . والقاعدة الأساسية العامة في آثار العقود . بالنسبة إلى الغير ، أنها لا تنصرف إليهم . أي أنها لا تسرى في حقهم . فالعقود لا ترتب لهم في الأصل حقاً ولا تهملهم بالتزام <sup>(٢)</sup> . والمقصود هنا بالغير هو كل شخص ، عدا العاقدين وخلفاءهما ودائنيهما . وهكذا فالأصل في العقود أنها لا تضر الغير . ولا تنفعهم .

---

(١) بل إن الغش لا يلزم هنا ، إلا بالنسبة إلى التصرفات بموؤس . أما التصرفات بغير موؤس . أي التبرعات ، فالغش غير لازم بالنسبة إليها .

(٢) راجع نقض ١٩٧١/١/٢ ، مجموعة النقض ص ٢٢ - ١٤٦ - نقض ١١/١٢ / ١٩٦٤ ، مجموعة النقض ص ١٥ - ١٠٢٢ رقم ١٥٣ .



وإذا كانت القاعدة العامة هي أن العقود لا تضر الغير ولا تنفعهم .  
فإنها تنسطر إلى قاعدتين فرعيتين أساسيتين : قاعدة أن العقد لا يضر الغير .  
وقاعدة أن العقد لا ينفع الغير . وتتناول كلا من هاتين القاعدتين بشيء  
من التفصيل ، وذلك فيما يلي : -

#### ٢٩٠ - ( أ ) العقد لا يضر الغير :

الأصل العام هو أن العقد لا يضر الغير . بمعنى أنه لا يستطيع بدائه  
وبمجرده أن يحملهم بالتزام ما . وهكذا فلو أن شخصاً باع . مثلاً . شيئاً  
لا يملكه . وإنما يملكه غيره . فإن هذا الغير . وهو المالك الحقيقي . لا يتحمل  
بأى التزام بمقتضى هذا البيع ذاته . فالمالك الحقيقي أجنبي عن البيع . أى  
أنه يعتبر من الغير بالنسبة إليه . فلا يتأثر بما ارتضاه عاقداه . ولكن يلاحظ  
هنا أنه إذا جاء المالك الحقيقي وأقر البيع . أى وافق عليه وارضاه . فإن  
البيع ينتج أثره في مواجهته . لأنه يصبح طرفاً فيه . ويعتبر أنه هو الذى  
أبرمه ابتداءً . لأن للإقرار أثراً رجعياً يمتد إلى تاريخ إبرام العقد . وكأن  
المقر قد وكل الشخص الذى أبرم العقد في إبرامه نيابة عنه . ومن هنا أى  
القول بأن الإقرار اللاحق كالوكالة السابقة .

وإذا كانت القاعدة هي أن العقد لا يضر الغير . إلا أنها ليست مطلقة .  
فيرد عليها بعض الاستثناءات . وإن كانت جد قليلة . ومن أبرز تلك  
الاستثناءات الصلح مع التاجر المفلس ( حيث يسرى هذا الصلح على جميع  
الدائنين : حتى من لم يوافق منهم عليه أو لم يشترك في عمله ) ، ونظام عقد  
المعمل الجماعى ( حيث تسرى أحكام هذا العقد على أفراد طائفة معينة من  
العمال ، حتى من لم يوافق عليه منهم ) . ومن استثناءات قاعدة أن العقود  
لا تضر الغير . في النهاية : الحالات التى يتأثر فيها الشخص بعقد أبرمه غيره .  
إعمالاً لنظرية المظهر المتخادع يعنى المخدوع أو الغلط الشائع يولد الحق .  
ومثال ذلك الوارث الظاهر ، حيث تسرى التصرفات التى يجرىها في أموال  
التركة في مواجهة الوارث الحقيقي . طالما كان المتصرف إليه حسن النية .  
بأن كان يعتقد أنه يتعامل مع الوارث الحقيقي .

### ٢٩١ - التمسد عن الغير :

هناك نوع من التعاقد شائع إلى حد ما في العمل . قد يوحى مظهره بأنه يتضمن استثناء من قاعدة أن العقود لا تنصر الغير . مع أنه ، في حقيقته ، مجرد تطبيق لها . وهذا هو نظام « التمسد عن الغير » Promesse de porte-fort . ومؤداه أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً يتحمل بالتزام معين لصالحه . كما إذا كان ثمة أخوان يملكان في الشيوع أرضاً أو داراً ، فجاء أحدهما وباعها كلها . أصيلاً عن نفسه بالنسبة إلى حصته . ومتعهداً عن أخيه بأن يجعله يقبل البيع بدوره . بالنسبة إلى حصة هذا الأخ . إما حالاً ، أو بعد فوات وقت معين . كما لو كان هذا الأخ قاصراً ، والترم أخوه بأن يجعله يقبل البيع . بعد بلوغه سن الرشد . في هذا المثال . يعتبر من أبرم البيع بائعاً بالنسبة إلى نصيبه . ومتعهداً عن الغير . وهو هنا أخوه ، بالنسبة إلى نصيب هذا الأخير .

وواضح أنه ، في نظام التمسد عن الغير . يوجد ثلاثة أشخاص :

١ - المتعهد : وهو أحد طرفي عقد التمسد عن الغير . وهو يتعهد . في مواجهة العاقد الآخر . بأن يجعل أحداً من الغير يقبل التحمل بالتزام معين لصالحه .

٢ - المتعهد له : وهو الطرف الآخر في عقد التمسد عن الغير . وهو الذي يحصل التمسد لمنفعته .

٣ - المتعهد عنه : وهو ذلك الذي يلتزم المتعهد بأن يجعله يقبل التحمل بالالتزام لصالح المتعهد له . وهو . بخلاف الأولين . ليس طرفاً في عقد التمسد عن الغير . بل هو هذا الغير نفسه .

ويلاحظ أنه من أهم ما يميز نظام التمسد عن الغير أن المتعهد يتعاقد باسمه هو . لا باسم المتعهد عنه . فهو أصيل عن نفسه . لا نائباً عن المتعهد عنه . وفي هذا يختلف نظام التمسد عن الغير . اختلافاً أساسياً عن نظام النيابة . حيث إن النائب لا يتعاقد باسمه . وإنما باسم الأصيل وحسابه . كما سبق لنا أن بيناه في حينه .

### ٢٩٢ - أثر التعهد عن الغير :

التعهد عن الغير عقد مبرم بين المتعهد والمتعهد له . وهو : في ذاته . عقد لا غبار عليه . فإن توافرت فيه مقتضيات القواعد القانونية بالنسبة إلى العقود عامة ، انعقد صحيحاً ، وتعين أن ينتج أثره .

والتعهد عن الغير : بالنسبة إلى أثره ، عقد ملزم لجانب واحد . هو المتعهد ، إذ هو بحمله بالتزام بعمل ، هو أن يجعل أحداً من الغير ( المتعهد عنه ) يقبل الأمر المتعهد به . هذا هو كل ما ينتج عقد التعهد عن الغير من أثر . ولا يوجد فيه أدنى خروج عن قاعدة نسبية آثار العقد . إذ هو لا يولد الالتزام إلا على أحد عاقديه ، والمصلحة العاقد الآخر . أما الغير المتعهد عنه . فهو لا يتأثر إطلاقاً بنتيجة هذا العقد . فهو لا يضار به أبداً . وتبقى له الحرية كاملة في أن يرتضى الأمر المتعهد به أو لا يرتضيه . وإن كان سلوكه هذا الاتجاه أو ذاك يؤثر بالضرورة في مسئولية المتعهد : حيث يعتبر أنه أدى أو لم يؤد التزامه . وذلك على النحو التالي :

### ٢٩٣ - الفرض الأول : المتعهد عنه يرتضى الأمر المتعهد به :

إذا ارتضى المتعهد عنه الأمر المتعهد به . كما إذا قبل . في المثال الذي سبق لنا ذكره . الأخ الذي لم يشترك في البيع ابتداء . أن يبيع ببلوره حصته وفقاً لما تعهد به أخوه . برئت ذمة المتعهد . لأنه يعتبر أنه قد وفى بالتزامه . فهو قد التزم بأن يحمل المتعهد عنه على قبول الأمر المتعهد به . وها هو ذا قد فعل . وتبرأ هنا ذمة المتعهد نهائياً . حتى إذا لم يف المتعهد عنه فيما بعد بالأمر الذي تعهد به <sup>(١)</sup> .

وإن برئت ذمة المتعهد . نتيجة قبول الغير المتعهد عنه ارتضاء الأمر

---

(١) فيمجرد أن يرتضى المتعهد عنه الأمر المتعهد به ، تبرأ ذمة المتعهد نهائياً . فهذا الأخير لا يلتزم إلا بأن يحمل المتعهد عنه يرتضى الأمر المتعهد به . فنذا تحقق ذلك ، اعتبر المتعهد أنه وفى بما التزم به ، وبرئت ذمته بالتالي نهائياً . ولا يتغير من الوضع في شيء ، أن يتقاص المتعهد عنه ، فيما يمتد ، عن أداء ما ارتضى التحمل به . فالمتعهد ، بمجرد وصفه هذا ، ليس كفيلاً ، يضمن أداء التزام المتعهد عنه ، إذا ما ارتضى التحمل به ، ما لم يظهر بوضوح أنه قصد ذلك .

المتعهد به . وجد هذا الأخير نفسه . وقد انشغلت مسؤوليته هو . فهو يتحمل بالالتزام الذى ارتضاه . وهو يتحمل به من تاريخ ارتضائه إياه ، وليس من تاريخ حصول التعهد به من المتعهد . وذلك بطبيعة الحال . ما لم يظهر بوضوح أنه قصد التحمل بالالتزام ابتداء من هذا التاريخ الأخير .

ويلاحظ هنا أن المتعهد عنه . إذا التزم بالأمر المتعهد به بعد قبوله إياه . فإن ذلك لا يرجع أبداً إلى عقد التعهد عن الغير . فهذا العقد . كما قلنا من قبل : لا يلزم إلا المتعهد نفسه . وإنما يرجع أساس مسؤولية المتعهد عنه إلى عقد جديد يبرمه مع المتعهد له ، ويرتضى بمقتضاه أن يتحمل بالالتزام المتعهد به . علماً بأن للمتعهد عنه . كامل الحرية فى أن يرتضى التحمل بالأمر المتعهد به أو لا يرتضيه . كما سبق لنا أن بينا .

#### ٢٩٤ - الفرض الثانى : المتعهد عنه لا يقبل الأمر المتعهد به :

إذا رفض المتعهد عنه أن يلتزم بالأمر المتعهد به . ما كان عليه . هو شخصياً . فى ذلك جناح . فوعد المتعهد أن يجعل المتعهد عنه يلتزم بالأمر لا يلزم هذا الأخير . كما قلنا مراراً . ولكن المتعهد نفسه . فى هذه الحالة . يتحمل بالمسؤولية . إذ هو يعتبر أنه قد أحل بالتزام فرضه عليه عقد التعهد عن الغير . فهو قد وعد . ثم أحل بوعده .

وتتركز مسؤولية المتعهد . فى حالتنا . فى تحمله بتعويض المتعهد له عن الأضرار التى نالته . بسبب عدم تنفيذ عهده . ويجوز له : إذا كان ذلك فى مقدوره وغير ضار بالمتعهد له ، أن يدرك عن نفسه هذا التعويض : بقيامه بنفسه بتنفيذ الأمر الذى وعد به .

٢٩٥ - وقد ركزت المادة ١٥٣ ما سبق من أحكام التعهد عن الغير . قاعة : ١ - إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر : فلا يلزم الغير بتعده . فإذا رفض الغير أن يلتزم . وجب على المتعهد بأن يعرض من تعاقد معه . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به . ٢ - أما إذا قبل الغير هذا التعهد . فإن قبوله

لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره . مالم يقين أنه قصد صراحة أو ضمناً بأن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

#### ٢٩٦ - (ب) العقد لا ينفع الغير :

كما أن الأصل في العقد أنه لا يضر الغير . فالأصل فيه أيضاً أنه لا ينفعهم . ومؤدى هذه القاعدة الأخيرة أن الغير : أى أولئك الذين لم يشتركوا في العقد ، ولم يكونوا خلفاء لعاقديه فيه . لا يستخلصون منه ، بطريق مباشر . أى نفع لهم .

وقد كانت هذه القاعدة مطلقة في أول عهد القانون الروماني . ولكن ظروف الحياة التي نعيشها الآن أدت بنا إلى أن نقبل عليها استثناءات بالغة الأهمية . ولا زالت هذه الاستثناءات تتزايد على مر الأيام .

وقد أدت كثرة هذه الاستثناءات وتزايدها بالمشرع إلى أن يشير إليها . عند تقرير القاعدة العامة في عدم سريان آثار العقد على الغير . فجاء في المادة ١٥٢ ، يقول : « لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » (١) .

وتتركز الاستثناءات التي ترد على قاعدة « العقد لا ينفع الغير » في نظام الاشتراط لمصلحة الغير . ونتناول هذا النظام بالتفصيل . وذلك فيما يلي :

#### ٢٩٧ - الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير عقد ، بمقتضاه يشترط أحد طرفيه ( ويسمى المشترط ) على طرفه الآخر ( ويسمى المتعهد ) أن يؤدي ، إلى شخص ثالث أجنبي عن العقد ( ويسمى المنتفع أو المستفيد ) ، حقاً معيناً . وهكذا يوجد . في نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، ثلاثة أشخاص : المشتراط stipulant .

---

(١) وإيراد النص ، على هذه الصورة قد يؤمّن بأن مبدأ « العقود لا تنفع الغير » قد تحلّم نهائياً . والحقيقة أنه لم يتحسّم . كل ما هناك أنه تصدع . وأن كان تصدعه كبيراً . فلا زال استخلاص الغير منفعة من العقد قائماً على سبيل الإستثناء . وأن كان هذا الإستثناء قد كبر وعظمت أهميته .

والمتعهد promettant : والمتفع أو المستفيد bénéficiaire .. والأولان وحدهما هما طرفا العقد . أما الثالث . فهو من الغير . وهو ، مع ذلك يستخلص من العقد وبطريق مباشر . حقاً له . استثناء من قاعدة أن العقود لا تنفع الغير .

وللاشتراط لمصلحة الغير . في العمل . صور عديدة لا تنتهى ولا تنق تحت حصر . على أن أهم مجال لتطبيق هذا النظام هو عقد التأمين . ومثال ذلك أن يؤمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده . ومؤدى هذا النوع من التأمين . أن تعهد شركة التأمين . في مقابل مبلغ معين يلتزم به الأب ( على أقساط عادة ) . بدفع مبلغ محدد من النقود للأولاد . عند موت أبيهم . وفى هذا المثال . نجد الأب هو «المشترط» . وشركة التأمين هي «المتعهد» والأولاد هم «المتنفع» . ومثال نظام «الاشتراط لمصلحة الغير» في نطاق التأمين أيضاً . أن يؤمن صاحب السيارة عن الأضرار التي قد تنتج عن سيارته للغير . وأن يؤمن رب العمل . لمصلحة عماله . عما عساه أن يحدث لهم من أضرار أثناء أدائهم وظائفهم وبسببها .

وإذا كان التأمين هو المجال الحيوى الغالب لنظام الاشتراط لمصلحة الغير فهو ليس بمجال الوحيد . فلنظامنا هذا ، تطبيقات أخرى عديدة . في نواح متفرقة وغير محدودة . ومثال ذلك أن يجب شخص ماله : مشروطاً على الموهوب له أن يدفع لشخص ثالث . مبلغاً معيناً من النقود ، أو أن يبيع شخص لآخر ماله .. ويشترط عليه أن يدفع الثمن ، كله أو بعضه . لأحد دائنيه ، وفاء للدين الذى له عليه . ومثال ذلك أيضاً أن يبيع التاجر متجره ويشترط على مشتريه : لمصلحة عمال المتجر . أن يستقيمهم في خدمته أو أن لا ينقص من أجورهم .. ومثال الاشتراط لمصلحة الغير كذلك أن تتفق وزارة السياحة مع إحدى الشركات على أن تقوم . بوساطة وكلائها في الخارج ، بنقل أمتعة أحد موظفيها من مقر عمله إلى مصر <sup>(١)</sup> . ومثال «الاشتراط

(١) انظر : تقض ١٩٧٦/٤/١٩ طعن ١٩٧٢/٤١٢٥٢ ق مجموعة التقض س ٢٧ ص ٩٨١

رقم ١٨٧ . وقد اعتبر هذا الحكم الاتفاق الذى أبرمته وزارة السياحة مع إحدى شركات القطاع =

- لمصلحة الغير ، ، في النهاية ، مانراه عادة في عقود الائتراء المتعلقة بأداء المرافق العامة ، كما إذا منحت الدولة أو المدينة امتياز تقديم المياه أو الكهرباء . أو الغاز أو النقل العام لشركة من الشركات ، واشترطت عليها أموراً معينة ، رعاية لمصلحة الجماهير . كما إذا اشترطت عليها ألا تتجاوز قدرأ معيناً . فيما تأخذه مقابلاً للخدمة التي تقدمها .

#### ٢٩٨ - خصائص الاشتراط لمصلحة الغير :

لنظام الاشتراط لمصلحة الغير خصائص تميزه عن غيره . وتوافر هذه الخصائص أمر ضروري لذات وجوده . بحيث إنه يعتبر غير قائم ، إذا تخلفت إحداها . وتركز هذه الخصائص فيما يلي :

١ - الاشتراط لمصلحة الغير عقد قائم بين المشرط والمتعهد . فالمشرط يتعاقد باسمه الشخصي ( المادة ١٥٤ / ١ ) ، أصيلاً عن نفسه ، وليس نائباً عن المتنتفع . فن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده ، مثلاً ، يتعاقد باسمه الشخصي ، لابعثاره نائباً عن أولاده . وهو الذي يعتبر طرفاً في عقد التأمين مع الشركة ، دون الأولاد .

ويترتب على أن المشرط يتعاقد باسمه الشخصي أصيلاً عن نفسه أنه يتحمل ، في ذات ذمته ، بمقابل المنفعة المشرطة للمستفيد ، إن كان ثمة مقابل لها ، كما هو الغالب في العمل <sup>(١)</sup> . فالأب ، في مثال التأمين على الحياة لمصلحة أولاده الذي ذكرناه حالا ، هو الذي يلتزم شخصياً بدفع أقساط التأمين ، دون الأولاد .

= العام عل أن تقوم ، بوساطة وكلائها في الخارج ، بنقل أمتة مدير مكتب السياحة بمدير من برشلونه إلى إحدى موانئنا ، اعتبر الحكم هذا الاتفاق اشتراطاً لمصلحة الغير ( مدير المكتب ) ، ورتب عل ذلك مسئولية الشركة القندية عن تأخر شحن الأمتة .

(١) ولكن وجود مقابل للمنفعة المشرطة يتصل به المشرط ، وإن كان أمراً غالباً في العمل ، إلا أنه ليس ضرورياً . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يصل المشرط إلى الزام المتعهد بتقديم منفعة للمستفيد ، دون مقابل يلتزم هو به . ومثال ذلك أن تلجأ الدولة أو المدينة ، بعد منحها امتيازاً لشركة معينة بتسيير مرفق عام ، إلى حمل الشركة عل تقديم منافع جديدة لجمهور المستفيدين ، من غير أن تحصل هي بمصبه جديد .

ويترتب كذلك على كون المشترط يتعاقد باسمه الشخصي ، أصيلاً عن نفسه ، لا نائباً عن المنتفع ، أنه يجوز له ، برغم إرادة هذا الأخير ، أن ينقضي المشاركة ، أو أن يحول منفعتها إلى شخص آخر غير المستفيد الأصلي ، أو يستأثر بها لخاصة نفسه ، وإن لزم أن يفعل ذلك ، قبل أن يعلن المستفيد للمتعهد أو للمشرط رغبته في الاستفادة من الاشتراط ( المادة ١٥٥ / ١ ) .

٢ - المنتفع أو المستفيد . وإن كان يتلقى من الاشتراط منفعة . إلا أنه ليس طرفاً في العقد ، بل هو من الغير بالنسبة إليه . حتى بعد أن يرتضي المنفعة المشترطة لمصلحه . فطرفاً عقد الاشتراط لمصلحة الغير . كما قلنا مراراً . هما المشترط والمتعهد وحدهما . دون غيرهما . وهكذا فرفضه المنتفع ليس ضرورياً لذات قيام الاشتراط . وإن كان من شأن رفضه المنفعة المشترطة له أن يمتنعها بالضرورة عنه . اعتباراً بأنه لا يمكن أن يجبر شخص . رغم أنه . على أخذ منفعة لا يرغب هو فيها .

ويترتب على اعتبار المنتفع من الغير . في عقد الاشتراط لمصلحته ، أننا ل نكون بصدد هذا النوع من التعاقد ، في كل حالة يلزم فيها . لسريان العقد في حق غير من عقده ابتداء . أن يصبح هذا الغير طرفاً في العقد نتيجة إقراره إياه . وهكذا فيبيع ملك الغير ، مثلاً ، لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة المالك الحقيقي . حيث إنه لا يسرى في حقه إلا بإقراره إياه . والإقرار يجعله طرفاً فيه ، مكان البائع الأصلي .

٣ - ويتميز نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، في النهاية ، بأن المنتفع ، برغم أنه ليس طرفاً في العقد . إلا أنه يستخلص منه حقاً مباشراً ( المادة ٢ / ١٥٤ ) . فالمنفعة المشترطة تثبت للمنتفع مباشرة من ذات عقد الاشتراط . فهي لا تثبت ابتداء للمشرط ، ثم يتولى هذا نقلها إلى المنتفع . ولكنها تثبت لهذا الأخير ابتداء ومباشرة من العقد . ويستطيع المنتفع ، في سبيل حصوله على تلك المنفعة من المتعهد أن يطالبه مباشرة ، وباسمه الشخصي . أي أن يطالبه بدعوى مباشرة . وهذه هي أهم ميزة لنظام الاشتراط لمصلحة الغير .



بل هي لب هذا النظام وجوهره ومعقل القوة فيه . وهي التي تتمثل الاستثناء  
الحام الخطير الذي يرد على قاعدة أن العقود لا تنفع الغير .

ويرتب على أن الاشتراط لمصلحة الغير يربط لهذا الغير ( وهو المستفيع )  
حقاً مباشراً أننا لانكون بصدد هذا النوع من التعاقد ، في كل حالة يفيد منها  
الأجنبي عن العقد بطريق غير مباشر ، أى عن طريق ثبوت الحق لأحد العاقدين  
ابتداء . ومثال ذلك أن يؤمن الراهن عن حريق المنزل المرهون . فهنا يستفيد  
المرتهن من مبلغ التأمين ، عند استحقاقه . إذ هو يستوفى منه دينه . ولكنه  
لا يستفيد منه بطريق مباشر ، وإنما عن طريق ثبوته ابتداء للراهن . ومثال ذلك  
أيضاً أن تعاقد جمعية تعاونية إسكانية مع مقاول على أن يقوم بتشييد مجموعة  
من القلل أو الشقق على قطعة أرض تملكها على أن تقوم فيما بعد بتوزيع  
الوحدات السكنية على أعضائها . فمثل هذا الاتفاق لا يعتبر اشتراطاً لمصلحة  
الغير ، طالما أن الائتمانات المتولدة عنه على المقاول لم تشترط ، إن صراحة  
أو ضمناً ، لمصلحة الأعضاء على نحو مباشر ، وإنما اشترطت ابتداء لمصلحة  
الجمعية (١) .

(١) انظر : نقض ١٩٦٩/٤/٢٩ طعن ٥٣٣/٣٤ في مجموعة النقض من ٢٠ ص ٦٩٣  
وفهم ١١١ . وتتحصل وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن الجمعية التعاونية لبناء المساكن  
أرجل القضاء والنيابة تماقت مع مقاول على أن يشيد مجموعة من القلل بمواصفات محددة على  
أرض تملكها ، وذلك لحساب نفسها ، وعلى أن تشمل الجمعية ما يشيد المقاول طبقاً للمواصفات  
فيلا فيلا ، وأنها صاحبة الحق في الاعتراض على ما تلاحظه من مخالفات على المباني ، ودون  
أن يتضمن العقد ما يفيد إن صراحة وإن ضمناً أن الجمعية تشترط على المقاول الالتزامات لمصلحة  
أعضائها . رفع أحد الأعضاء على المقاول دعوى يطالب فيها بإزالة بعض المخالفات المتعلقة بالقلل  
التي اختص بها ، وإعادة البناء وفقاً للمواصفات المبينة في عقد المفاوضة . دفع المقاول بعدم قبول  
الدعوى لرهنها من غير ذي صفة ، تأسيساً على انتهاء الرابطة العقدية بينه وبين المدعي . قضت  
محكمة الموضوع ابتدائياً واستئنافياً برفض الدفع وبقبول الدعوى وفي الموضوع بطلبات المدعي .  
وأست قضاهما على أن تعاقد الجمعية مع المقاول يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير ( أعضاء الجمعية ) .  
ونقضت المحكمة العليا هذه القضاء ، رافضة أن ترى في الاتفاق السابق اشتراطاً لمصلحة الغير .  
وأست قضاهما على قولها إنه لا يبين من نصوص العقد ، لا صراحة ولا ضمناً ، أن جمعية  
المساكن اشترطت الالتزامات المبينة فيه لصالح عضوها « شخصياً أو بوصفه شخصاً مستقبلاً أو  
مستطاعاً تعينه وقت إنتاج العقد أثره » . ويلاحظ هنا أنه إذا تقرر ، على نحو ما ذهبت إليه محكمة -

### ٢٩٩ - الأمور اللازمة في الاشتراط لمصلحة الغير :

لقيام الاشتراط لمصلحة الغير وإنتاج أثره ، لا يلزم . بعد توافر الخصائص المميزة له والتي سبق لنا بيانها ، وبعد توافر ما تقتضيه به القواعد القانونية بشأن صحة العقود بوجه عام ، إلا شرط واحد ، يكاد تخلفه أن يكون مستبعداً في العمل ، ونعني به أن تكون للمشتراط مصلحة في تقديم المنفعة المشترطة للمنتفع . وبعبارة أخرى : أن تكون للمشتراط مصلحة في تنفيذ الالتزامات التي اشترطها . لصالح المنتفع . على المتعهد . وسيان بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية ( المادة ١٥٤ / ١ ) . ومثال المصلحة المادية للمشتراط أن يؤمن صاحب السيارة عن الأضرار التي تلحق الغير من سيارته ، وأن يؤمن رب العمل ، لمصلحة عماله . عن الأضرار التي تحدث لهم أثناء أداؤهم أعمالهم . ففي هذين المثالين : مصلحة مادية للمؤمن . إذ أن شركة التأمين هي التي ستتولى دفع مبالغ التعويض للمضرورين . فيرتفع عنه عبء أداؤها بنفسه . ومثال المصلحة المادية للمشتراط كذلك أن يبيع شخص ماله ويشترط على المشتري دفع الثمن لأحد دائنيه ( دائني البائع ) . وفاء لذينه عليه . أما المصلحة الأدبية : فمثالها الفذ الغالب تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده .

وإذا قلنا إنه يلزم . لصحة الاشتراط لمصلحة الغير . أن تكون للمشتراط مصلحة في أداء المنفعة للمنتفع . وإنه يكتفى بالمصلحة الأدبية ، فلم يؤدى ذلك أنه يستبعد ألا يتوافر هذا النوع من المصلحة ، لأنه لا يتصور أن يقدم شخص على اشتراط أداء لمنفعة الغير : ما لم تكن له في ذلك مصلحة . ولو أدبية .

---

= التقبض ، منح عضو الجمعية دعوى مباشرة ضد المقاول تيسيراً على الاشتراط لمصلحة الغير . فإنه كان يمكن تأسيس قيام تلك الدعوى المباشرة على أن الجمعية ، بتخصيصها الفلا على أنواع لعضوها ، ونقل ملكيتها بالتالي إليه ، قد نقلت إليه في نفس الوقت حقها قبل المقاول في إنجاز البناء وفقاً للمواصفات المحددة ، باعتباره خلفاً خاصاً لها ، يخلقها في الفيلا وفيما يعتبر من مستلزماتها إجمالاً المادة ١٤٦ ( راجع في ذلك ما سبق نبذة ٢٨٧ ) . وانظر في نفس الاتجاه : التقبض ١٩٥٥/٥/٥ ، مجموعة التقبض ص ٦ ص ١٠٧٩ رقم ١٤٥٠ .

### ٣٠٠- آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

لمعرفة آثار الاشتراط لمصلحة الغير ، يلزمنا أن نحدد تلك الآثار . فـه  
المحالات الثلاثة الآتية : (أ) في العلاقة بين المشرط والمتعهد . (ب) فـه  
العلاقة بين المشرط والمتنع . (ج) في العلاقة بين المتعهد والمتنع . وهذا  
ما سنتناوله على التوالي :

### ٣٠١- (أ) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشرط والمتعهد :

المشرط والمتعهد . كما قلنا مراراً ، هما طرفا عقد الاشتراط لمصلحة  
الغير . ولاصعوبة في تحديد أثر هذا النظام في العلاقة القائمة بينهما . فهما طرفا  
عقد الاشتراط . ويجب إعمال ما يقضي به في حقهما ، وفقاً لما جاء فيه .

ويلاحظ أن عقد الاشتراط لمصلحة الغير . في العلاقة بين طرفيه . أى  
في العلاقة بين المشرط والمتعهد . قد يكون معاوضة . وقد يكون تبرعاً :  
ومثال الحالة الأولى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير . كالأولاد . ومثال  
الحالة الثانية . أن يهب شخص لآخر ماله . بشرط أن يدفع لشخص ثالث  
راتباً مدى الحياة .

وأياً ما كانت طبيعة عقد الاشتراط لمصلحة الغير في العلاقة بين طرفيه .  
فإنه يتحتم على كل منهما أن يفي بالتزامات التي يربتها هذا العقد عليه .  
فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده . مثلاً . يلتزم بأن يؤدي أقساط التأمين  
في مواعيدها . ولشركة التأمين أن تلتزمه بذلك . ولكن ليس لها أن تلتزم بها  
المتنع ( الأولاد في مثالنا ) . وإن كان لها . بطبيعة الحال . أن تدفع :  
في مواجهة المتنع إذا ما طلبها بأداء المنفعة المشترطة له ( مبلغ التأمين في  
مثالنا ) . بأنها لم تستوف أقساط التأمين . على نحو ما سندكره بعد قليل .

وكما أن للمتعهد أن يطالب المشرط بأداء التزاماته المتولدة من عقد  
الاشتراط . فإن لهذا الأخير بدوره أن يطالب الأول بالوفاء بالتزاماته .  
ومن بين هذه الالتزامات أداء المنفعة المشترطة للمتنع <sup>(١)</sup> .

---

(١) ولا يتعرض على ذلك بمقولة انه ليس للمشرط مصلحة في أن يفي المتعهد بالحق المشرط  
للمستفيد ، ولا دعوى بلا مصلحة . إذ للمشرط مصلحة في ذلك ، وإلا لما عقد الاشتراط أصلاً .  
صحيح أنه يغلب هنا أن تكون مصلحة المشرط في أداء المنفعة المستفيدة من مصلحة محض أدبية .  
ولكن هذا النوع من المصلحة يكتفى هنا ، ويقع به القانون .

وهكذا فإن كان المستفيد أو المتنتفع ، بحسب الأصل . أن يطالب المتعهد مباشرة وباسمه الخاص بأداء المنفعة المشترطة له . كما سيحيىء بعد قليل . فإن ذلك يجوز أيضاً للمشترط . وبدعوى مباشرة يرفعها باسمه هو وليس باسم المتنتفع ، وذلك ما لم يظهر من العقد أن حق المطالبة بأداء المنفعة المشترطة مقصور على المتنتفع وحده . وفي ذلك تقضى المادة ١٥٤ / ٣ بأنه : « ٣ - ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المتنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المتنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

### ٣٠٢ - (ب) آثار الاشتراط فى العلاقة بين المشترط والمتنتفع :

عقد الاشتراط لمصلحة الغير لا يجمع بين المشترط والمتنتفع . فالولهما وهو المشترط ، طرف فى العقد ، دون الثانى . ولكن هناك بالضرورة رابطة ما بينهما . وهذه الرابطة هى التى جعلت المشترط يتفق مع المتعهد على أن يلتزم بأداء المنفعة للمتنتفع . وقد تقوم هذه الرابطة على أساس التعاوض . بمعنى أن يستهدف المشترط من جعل المتعهد يتحمل بالالتزام لمصلحة المتنتفع فائدة مادية له . ومثال ذلك أن يبيع شخص شيئاً ، ويتفق مع المشترى على أن يدفع الثمن لدائنه ( دائن البائع ) ، وفاء لما لهذا الأخير عليه . وقد تقوم الرابطة بين المشترط والمتنتفع على رغبة الأول فى أن يسدى الجميل للثانى ، أى أن يتبرع له <sup>(١)</sup> . ومثال ذلك من يؤمن على حياته لمصلحة زوجته أو أولاده .

---

(١) وإذا قام الاشتراط لمصلحة الغير على رغبة المشترط فى إهداء الجميل للمتنتفع ، أى على رغبته فى أن يتبرع له ، فقد رأى أستاذنا السهورى على أن ذلك يعتبر هبة من المشترط للمتنتفع بقيمة ما يؤديه للمتعهد ، ولكن فى حدود المنفعة التى تؤدى للمتنتفع ، ورتب على ذلك جواز رجوع المشترط فى الاشتراط ، حتى لو حصل إقراره من المتنتفع ( الصحيح إعلان المتنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشتراط ) ، وذلك إذا وجد سبب من أسباب الرجوع فى الهبة . ولكن الفقيه الكبير لم يسر فى منطقة إلى نهايته ، مقررأ عدم لزوم الرسمية فى الاشتراط الذى يقوم على التبرع ، بحجة أن الهبة هنا غير مباشرة ( راجع السهورى المرجع السابق نبذة ٢٧٩ ) . وقد تبع الأستاذ السهورى فقهاء كثيرين غيره ( انظر : حشمت أبو سوت ، المرجع السابق نبذة ٢٢١ - حد النتم الصده ، المرجع السابق نبذة ٣٥٦ - جبال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ١٥٣ ) . -

## ٢٩٧- (ج) آثار الاشتراط في العلاقة بين المتعهد والمتنفع :

المستفيد أو المتنفع يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد الاشتراط . فهو ليس طرفاً فيه . ويبقى كذلك حتى إذا جاء وقبل الحق المشتراط . لأن قبوله هذا لا يجعل منه طرفاً في عقد الاشتراط . فهو ينصب فقط على ثبوت الحق له . إعمالاً لفكرة أنه لا يمكن أن نقرر حقاً لشخص برغم إرادته .

وإذا لاحظنا أن المستفيد أو المتنفع يعتبر من الغير . بالنسبة إلى عقد الاشتراط . ووقفنا عند النظرة التقليدية المتينة للعقد . ما ساء لنا أن نسمح له بأن يطالب . باسمه شخصياً . المتعهد . بشيء ما . لأن العقود لا تنفع ولا تضر غير العاقدين وخلفائهم . ولكن ضغط الحاجات العملية أدى بالقوانين المعاصرة . ومنها قانوننا : إلى أن تجيز للمتنفع أن يطالب . باسمه الشخصي . المتعهد بأن يبي له بالحق المشتراط له . وهكذا تُلقي قاعدة نسبية آثار العقد استثناءها الجوهرى الهام .

فؤدى نظام الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد أو المتنفع .

---

= وهذا الرأى يبدو لنا غير سليم ، ويقوم على خلط بين الهبة وبين التصرف التبرعى بوجه عام . فإذا كانت الهبة تشمل العقد التبرعى الفذ ، إلا أنها لا تستوعب كل أعمال التبرع . فهي ، بالنسبة إلى أعمال التبرع بعض من كل ونوع من جنس . والهبة ، كما تعرفها المادة ٩٨٦/١ ، هي عقد يتصرف بمقتضاء الواجب في مال له ، دون عوض . وفي الاشتراط لمصلحة الغير ، لا يتصرف المشتراط في مال له المتنفع . فكل ما يقوم به هو أنه يتصادف مع المتعهد . ويشترط عليه أن يؤدي المنفعة للمتفع . صحيح أنه يتحمل مقابل تلك المنفعة ، ولكن هو يتحمل بها للمتعهد وليس للمستفيد . ثم إن المنفعة التي تحصل المتنفع تؤدي له من المتعهد وليس من المشتراط . فكيف يقال بعد ذلك كله إن اشتراط سبب المنفعة للمستفيد ؟ ثم إذا كان الاشتراط هنا هبة كما يقولون لتوجب أن يأتي في الشكل الرسمى . وإلا وقع باطلا . ولا يقلص في ذلك ما لجأ إليه الرأى المعارض من القول . في سبيل التخلص من الرسمية ، بأن الهبة هنا غير مباشرة . فذلك لا يتصل بسبب المشكلة من رسمية الهبة . التي يقضى القانون بنزومها ، ما لم تتم الهبة تحت ستار عقد آخر أو ترد على منقول ويتم إقباضه . والصواب هو أن الاشتراط في حالتنا يعتبر مجرد عمل من أعمال التبرع ، ولكنه لا يضر هبة . ويرتب على اعتباره كذلك لزوم توافر أهلية التبرع في المشتراط . ولا تلزم الرسمية فيه . ولا يجوز إعمال أحكام الرجوع في الهبة في شأنه ، وإنما يجوز نقض الإشتراط وفقاً لما تقتضيه المادة ١٥٥ ، ودون تفرقة في ذلك بين الإشتراط التبرعى والإشتراط التماضى .

في مواجهة المتعهد ، حق شخصي له ، خاص به . وهو يثبت له مباشرة من عقد الاشتراط <sup>(١)</sup> . وهذا : كما سبق لنا أن قلنا ، هو لب نظام الاشتراط لمصلحة الغير وجوهره ويمكن القوة فيه . وقد حرصت المادة ١٥٤ / ٢ على أن تؤكد ، فجاءت تقول : « ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، عالم يتفق على خلاف ذلك ... » <sup>(٢)</sup> .

فالحق المشترط يثبت للمنتفع مباشرة . وبعبارة أخرى . هو يستخلص من عقد الاشتراط حقاً مباشراً خاصاً به . فالحق المشترط لا يثبت أولاً للمشرط ، ثم ينتقل منه للمنتفع . وإنما يثبت لهذا الأخير ابتداءً ومباشرة . وهكذا فالمنتفع لا يعتبر خلفاً للمشرط ، وإنما هو أصيل ، بمعنى أن الحق يثبت له شخصياً ومباشرة من عقد الاشتراط ، دون أن يكون قد مر من قبل بنعمة أحد قبله ، وذلك برغم أنه لا يعتبر طرفاً في عقد الاشتراط . كما قلنا مراراً .

ويترتب على أن الحق المشترط يثبت للمنتفع شخصياً وبطريقة مباشرة نتيجة أساسية بالغة الأهمية ، وهي أنه يجوز له ، كأصل عام ، أن يطالب المتعهد بحقه هذا ، باسمه الشخصي . أي أنه يجوز له أن يطالبه به بدعوى مباشرة .

خلاصة ماسبق أنه يثبت للمنتفع ، في مواجهة المتعهد ، حق شخصي ومباشر ، تحميه دعوى مباشرة ، يرفعها باسمه الشخصي ، وليس باسم

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٤/١٩ مجموعة النقض ص ٢٧ من ٩٨١ رقم ١٨٧ - نقض ١٩٦٩-٤-٢٩ ، مجموعة النقض ص ٢٠ من ٩٩٣ رقم ١١١ . وقد سبقت الإشارة ههنا للملكية .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي ، في تطبيقها على النصوص الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير ( مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣١٦ ) . وقد جاء فيها : « يطول الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيق على قاعدة انتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم . فالتمسك ياتزم قبل المترط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ، ولو أنه ليس طرفاً في التعاقد . وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصفاً لهذا الحق ... » .

المشترط . فلو أن الأب . مثلاً اشترط على شركة التأمين أن تدفع ، عند موته . لابنه مبلغاً من القود ( وهذا هو مؤدى نظام التأمين على الحياة ) . ثم مات . فإنه يثبت للابن ( المتفع ) ، في مواجهة شركة التأمين ( المتعهد ) . حق شخصي ومباشر بمبلغ التأمين المطلق عليه . فلا يعتبر هذا المبلغ أنه قد ثبت أولاً للأب ( المشترط ) ، ثم انتقل من بعده إلى الابن . ولكنه يعتبر أنه نشأ . منذ الأصل . لصالح هذا الابن ، وفي مواجهة شركة التأمين .

وينتج عن الفكرة الأساسية التي تقضى بأن المتفع يتلقى ، من عقد الاشتراط ، حقاً شخصياً ومباشراً ، آثار هامة . يمكن لنا ردها إلى ما يلي :

١ - لا يخضع المتفع . بالنسبة إلى الحق الذي يتلقاه من عقد الاشتراط . لمزاومة دائي المشترط . بل لمواجهة دائي المتعهد . فهو ليس دائئاً للمشترط حتى يتراحم ، في استيفائه حقه . مع دائنيه ، وإنما هو دائي مباشر للمتعهد . إذ أن عقد الاشتراط ولد له مباشرة حقه قبل المتعهد ، ولم يولد له حقه في مواجهة المشترط . فالابن . في مثال التأمين على الحياة الذي سبق لنا سرده . لا يخضع ، في استيفائه مبلغ التأمين الذي اشترطه له أبوه . لمزاومة دائي الأب ، ولكنه يخضع لمزاومة دائي شركة التأمين . وهذه ميزة كبرى يقدمها نظام التأمين . إذ أن شركات التأمين . في الغالب الساحق . أكثر ملاءمة واقتداراً من المؤمنين .

٢ - إذا كان من شأن الحق المشترط أن يثبت للمتفع عند وفاة المشترط . كما هي الحال في نظام التأمين<sup>١</sup> على الحياة لمصلحة الغير ، فلا يعتبر أنه قد ثبت له عن طريق الإرث عن المشترط ، ولا الوصية منه . فهو لا يتلقاه من تركة المشترط ، وإنما يتلقاه مباشرة من عقد الاشتراط . ويرتب على ذلك أنه لا يخضع لضريبة التركات . كما أنه لا تراعى ، في ثبوته للمتفعين . عند تعددهم . أحكام المراث بالنسبة إلى تحديد أنصبتهم فيه ، وإنما لأحكام العقد نفسه . فلو أن الأب . مثلاً . أسن على حياته لمصلحة أولاده . البنين منهم والبنات ، ولم يحدد نصيب كل منهم في مبلغ التأمين ، قسم هذا المبلغ ، على أساس الرموس ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثى ، وليس مثل

حظ الاثنين . كما تقضى بذلك قواعد الميراث . ثم أن الحق المشترط لا يخضع لقيود الوصية التي تقضى بأن الوصية لا تجوز إلا في حدود الثلث .

٣٥٤ - حق المنتفع ينفع من عقد الاشتراط : رأينا أن مؤدى نظام الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمنتفع : قبل المتعهد ، حق شخصي ومباشر . يستطيع أن يطالبه به . بدعوى مباشرة . ولا يتسع هنا المقام لعرض الآراء والنظريات العديدة التي قيل بها لتأصيل هذه النتيجة القذرة . والتي تتضمن تصدعاً كبيراً للقاعدة التقليدية العتيقة . التي تقضى بأن العقود لا تنفع الغير . ونجتزئ هنا بالرأى الذي نراه صائباً . والذي يتمشى مع أحكام القانون ومذكرته الإيضاحية <sup>(١)</sup> ، ومؤداه أن المستفيد يتلقى حقه من ذات عقد الاشتراط . برغم أنه ليس طرفاً فيه <sup>(٢)</sup> .

ويترتب . على كون المنتفع أو المستفيد يتلقى حقه الذي اشترط له من ذات عقد الاشتراط . نتيجتان هامتان ، هما الآتيتان :

١ - يسوغ للمتعهد . عندما يطالبه المستفيد بحقه المشترط له ضده ، أن يتمسك . في مواجهته . بكل الدفع الناتجة له من عقد الاشتراط . فيجوز له . مثلاً . أن يتمسك ببطلان هذا العقد أو بإبطاله . كما يجوز له أن

(١) جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون المدنى ، ما يلهم الرأى الذى تخبرناه ، والذى يبشر بأن المستفيد ، أو المنتفع ، يستمد الحق المشترط لصالحه مباشرة من عقد الاشتراط ، خلافاً للقاعدة العتيقة . وهى أن العقود لا تنفع الغير . فهى ، في هذا الصدد ، تقول : « ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيق على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم . فالمتعهد يلتزم ، قبل المشترط ، لمصلحة المنتفع . فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ، دون أن يكون له نصيب في التعاقد . وهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصيراً لهذا الحق . ولهذا التصوير ، وعلى بساطته ووضوحه . فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشغضاته ، من حيث شلوذه عن حكم القواعد العامة . وهو ، فضلاً عن ذلك . يعقل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير التي جهد الفقه التقليدى في اتساعها وتفصيل جزئياتها ( مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون المدنى ج ٢ ص ٣١٦ ) .

(٢) ويأخذ بهذا الرأى من فقهاءنا المصريين : السهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٨٠ - حشمت أبو سنيت ، المرجع السابق نبذة ٣٢٣ - جمال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ١٥٤ - نبذة ١٥٤ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٣٥٨ .



يطلب فسخه ، إذا ما قام سببه ، كما إذا كان المشترط مؤمناً على حياته لمصلحة أولاده ، ثم تقاعس عن أداء أقساط التأمين . ويجوز كذلك للمتعهد أن يتمسك ، في مواجهة المستفيد ، بالدفع بعدم تنفيذ التزامه حتى تؤدي الالتزامات التي يفرضها عقد الاشتراط على المشترط . وعلى العموم ، لا يضار المتعهد من كون الحق الناشئ في ذمته ثابتاً للمنتفع . فيجوز له . في مواجهة هذا الأخير ، أن يتمسك بكل الدفع التي تنتج له من عقد الاشتراط . والتي كان يسوغ له أن يتمسك بها ، في مواجهة المشترط . لو أنه اشترط الحق لنفسه . وفي ذلك تقضى المادة ١٥٤ / ٢ . في آخرها . بأنه : « ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد » .

٢ - مادام حق المستفيد . أو المنتفع . يتولد له من ذات عقد الاشتراط . فإنه يتحدد ويتقيد بما يجيء فيه . وقد ذكر المشرع نفسه . في المادة ١٥٤ / ٢ . تطبيقاً لهذه الفكرة . فبعد أن قرر المبدأ الأساسي العام . ومؤداه أنه يجوز للمستفيد أن يطالب المتعهد مباشرة بالوفاء له بالحق المشترط له ، أردف يقول : « ... ما لم يتفق على خلاف ذلك » . وهكذا فلو أن عقد الاشتراط تضمن ما يمنع المستفيد من مطالبة المتعهد بحقه . لوجب إعمال هذا الحكم . وهنا تبقى المطالبة مقصورة على المشترط . حيث يسوغ له وحده أن يلزم المتعهد بأن يؤدي للمستفيد الحق المشترط لصالحه .

### ٣٠٥ - الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو غير محدد :

الاشتراط لمصلحة الغير نظام يستهدف . كما بينا . تحقيق منفعة لشخص أجنبي عن العقد . ليس طرفاً فيه . استثناء من الأصل التقليدي العتيق . وهو أن العقود لاتنفع الغير . وهو يتضمن مخالفة أخرى لقاعدة ثابتة تقليدية وعتيقة : وهي قاعدة أن يكون الدائن موجوداً وحيئاً عند نشوء حقه .

فلا يلزم ، في نظام الاشتراط لمصلحة الغير . أن يكون الشخص الذي يشترط لصالحه الحق ، وهو المستفيد أو المنتفع . محدداً ومعيناً بالذات عند

انعقاد الاشتراط ، طالما أنه من المستطاع تحديده فيما بعد ، وقت أداء الحق المشروط . بل إنه لا يلزم . حتى أن يكون المنتفع أو المستفيد موجوداً عند انعقاد الاشتراط . طالما أنه سيوجد عند تنفيذه . وهكذا يسوغ الاشتراط لمصلحة شخصي مستقبل . كما إذا أمن رجل على حياته ، لمصلحة من عساه أن ينتجهم ، فيما بعد . من أولاد . أو لمصلحة شخص غير معين بالذات . كما إذا أمن رب العمل لمصلحة عماله ، دون تحديد لنواتهم بشرط أن يوجد المشروط لمصلحه . أو أن يتحدد . وقت أداء المنفعة المشترطة . وفي ذلك تقضى المادة ١٥٦ بأنه : « يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية . كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينها بالذات وقت العقد . مادام تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشاركة » .

#### ٣٠٦- قبول المستفيد الحق المشروط لمصلحه :

رأينا . فيما سبق أن المستفيد يتلقى . من ذات عقد الاشتراط . وابتداء من تاريخ إبرامه . حقاً شخصياً ومباشراً . ولكن هذا الحق لا يثبت له . بطبيعة الحال . برغم أنه . فيجوز له أن يرفضه . فإن فعل . اعتبر الحق المشروط أنه لم يثبت له . وهنا يسوغ للمشروط . ولورثته من بعده . أن يوجهوا الحق المشروط وجهة أخرى ، أو أن يستأثروا به لخاصة أنفسهم .

وقبول المستفيد . أو المنتفع . الحق المشروط له . ليس شرطاً ضرورياً لذات ثبوت هذا الحق له . فهذا الحق ثابت له قبل أن يصدر منه قبوله . وفور انعقاد الاشتراط . ولكن قبول المستفيد للحق المشروط له يؤكد ، من ناحية . ويدعمه . من ناحية أخرى . حيث يقيه من خطر استعمال المشروط الرخصة المخولة له في نقض المشاركة . والتي سنتناولها حالا .

#### ٣٠٧- نقض الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير يتضمن تقديم منفعة للمستفيد أو المنتفع . وإذا كان المتعهد هو الذي يقدمها له ، نتيجة أدائه الالتزام الذي رتبته العقد عليه ،

إلا أن المشتراط هو الذى يشترطها عليه ، وهو الذى يتحمل مقابلها . إن كان لها مقابل . ومن ثم يخول القانون للمشتراط ، بعد أن يتعقد الاشتراط ، أن ينقضه . بمعنى أن يحرم المستفيد من الفائدة التى من شأنه أن يرتبها له .

وهذه الرخصة تثبت للمشتراط شخصياً . فهى لا تنتقل من بعده إلى ورثته . ولا يجوز لدائنيه أن يباشروها عنه . باسمه ولحسابه . عن طريق الدعوى غير المباشرة . حتى لو كان معسراً . فالأمر متروك لحض تقديره هو ، وفقاً لمآبها .

ونقض الاشتراط . فى الحدود التى بينهاها ، يتقيد بإعلان المستفيد رغبته فى الإفادة من الاشتراط . إما للمشتراط أو للمتعهد . فبمجرد أن يعلن المستفيد . صراحة أو ضمناً . رغبته فى الإفادة من الاشتراط . للمشتراط أو للمتعهد . يثبت له الحق المتولد عنه نهائياً . ويستحيل بعد ذلك على المشتراط أن يحرمه منه بنقض المشاركة . ولا يكتفى هنا . لسقوط حق المشتراط فى نقض الاشتراط . أن يثبت أن المستفيد قد قبل المنفعة . وإنما يلزم إعلان قبوله هذا . إما للمشتراط أو للمتعهد . وإن كان القانون لم يستلزم شكلاً خاصاً لهذا الإعلان . ولذلك يكتفى أن يثبت حصوله بأى طريق . بل يكتفى أن يعلن المستفيد قبوله الحق المشتراط دلالة . وهكذا فقيام المستفيد برفع دعوى على المتعهد يطالبه فيها بالحق المشتراط له . يعتبر إعلاناً منه له بقبوله هذا الحق . من شأنه أن يسقط رخصة المشتراط فى النقض .

وإذا كان للمشتراط أن ينقض المشاركة . قبل أن يعلن المستفيد رغبته فى الإفادة منها على النحو الذى حددناه . فإن هذه الرخصة تمتنع عليه . إذا قضى العقد بذلك . صراحة أو دلالة . ومثال هذه الحالة . أن يبيع الراهن العقار المرهون . ويشترط على المشتري أن يدفع الثمن . كله أو بعضه . للدائن المرتهن . وفاء بالدين المضمون بالرهن ؛ فى مثل هذه الحالة . يكون للمتعهد مصلحة ظاهرة فى أن يدفع الثمن للمرتهن . فيستفاد دلالة أنه اتفق مع البائع على أن يتزل هذا الأخير عن حقه فى نقض المشاركة . ما لم يظهر من العقد ما يخالف ذلك .

من كل ماسبق مخلص . كما تقول المادة ١٥٥ / ١ . أنه « يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته ، أن ينقض المشاركة . قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته في الاستفادة منها . ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » .

وكما تقول الفقرة الثانية من المادة ١٥٥ / ١ : « ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد نحو المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشترط إحلال منتفع محل المنتفع الأول . كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشاركة » .

## الفصل الرابع

### تنفيذ العقد

٣٠٨- تناولنا ، في الفصل الأول ، مضمون العقد . فتحددت لدينا الأحكام التي يشتمل عليها . وفي الفصل الثاني ، تكلمنا في القوة الملزمة للعقد . فعرفنا أنه يلزم بكل ما يتضمنه من أحكام . وفي الفصل الثالث ، عرضنا نفسية آثار العقد . فتبيننا أنه . وإن كان يمثل قوة ملزمة . إلا أنه لا يلزم كل الناس . ولا تنصرف آثاره إلى الكافة . وإنما يقف في هذا الخصوص عند عاقديه وخلفائهما ودائئيهما في حدود معينة بينهاها . ويبقى لنا من الباب الذي خصصناه لآثار العقد أن نتناول ما جرت العادة على أن يطلق عليه « تنفيذ العقد » .

وإذا أردنا الدقة في تحديد معنى عبارة « تنفيذ العقد » لاستبان لنا أنها تبين مجرد تحديد الالتزامات التي ينشأها . فالعقد ينشأ ليولد الالتزامات التي من شأنها أن يرتبها . ومن هنا كان القول بأن العقد مصدر للالتزام . وإذا أنشأ العقد الالتزام . فإنه ينجم دور هذا الأخير في أن يتنفذ بدوره . بأن يؤديه المدين . أي يفي به . ولكن اصطلاح « تنفيذ العقد » يفيد في الفكر القانوني تشريعاً وقضياً . معنى آخر مختلفاً . فيقصد به أداء الالتزامات التي يولدها . وهو بهذه المثابة يختلط مع اصطلاح « تنفيذ الالتزام » . فالذي يتنفذ في الحقيقة — بمعنى الأداء — هو الالتزام وليس العقد . ولكن طالما أن العقد ينشأ الالتزام ليتنفذ . ففي تنفيذ الالتزام تنفيذ للعقد بدوره . وإن كان بطريقة غير مباشرة .

وسواء أقصد بتنفيذ العقد تحديد الالتزامات التي ينشأها ، أم قصد به أداء الالتزامات التي يرتبها ، أي سواء قصد به التنفيذ المباشر أو غير المباشر . فإنه يلزم أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وشرف التعامل ونزاهة القصد . وفي ذلك تقضي المادة ١٤٨ / ١ بأنه : « ١ - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية » . فحسن النية

وشرف التعامل يظللان العقد في استخلاص مضمونه ، أى في تحديد الالتزامات التى يولدها في وجودها ومداها ، كما يظللانه أيضاً في أداء الالتزامات الناشئة عنه .

وما يوجب حسن النية وشرف التعامل في خصوص عقد بعينه هو من مسائل الواقع . التى يترخص فيها قاضى الموضوع بسلطته التقديرية : دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض . طالما جاء تقديره سائفاً (١) .

٣٠٩- وإذا قام العقد وأنشأ التزاماً أو أكثر . على أحد طرفيه أو على كليهما . توجب تنفيذ كل التزام ينشئه . وتنفيذ الالتزام يتم بأداء عمله بذات نفسه وبعينه . أى أن المدين يؤدى نفس أو عين الأمر الذى يقوم عليه التزامه . من أجل ذلك يطلق على أداء الالتزام على هذه الصورة « التنفيذ العيني » للالتزام . فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يتنفيذ بقيام المدين بدفع هذا المبلغ . والالتزام بتشديد دار . يتنفيذ بإقامة تلك الدار بمواصفاتها . والالتزام بتسليم شيء يتنفيذ بوضع هذا الشيء تحت تصرف الدائن بحيث يستطيع أن يضع يده عليه بغير عائق . والالتزام بعلاج مريض يتنفيذ بأداء الرعاية الطبية التى تتطلبها ظروف الحال .

والالتزامات . من حيث كيفية تنفيذها . تختلف بالضرورة باختلاف موضوعها . ومع ذلك يمكن ردها : في هذا الخصوص : إلى نوعين أساسيين :

( الأول ) التزام يكون موضوعه هو الوصول بالدائن إلى غاية أو نتيجة معينة يؤدىها له المدين . وهذا هو الالتزام بنتيجة أو بتحقيق غاية obligation de resultat . ومثال هذا النوع الالتزام بتسليم شيء . والالتزام بتشديد دار بمواصفات معينة . والالتزام بدفع مبلغ من النقود . وفي مثل هذا النوع . لا يعتبر الالتزام أنه قد تنفذ إلا إذا وصل المدين بالدائن بالفعل إلى

---

(١) راجع : نقض ١٩٧٧/٥/١٦ طعن ٤٣/٨١١ في مجموعة النقض ص ٢٨ من ١٢١٤

الغاية أو النتيجة المطلوبة . كأن سلم له الشيء أو شيد له الدار بمواصفاتها أو دفع له مبلغ النقود .

( الثاني ) التزام لا يتطلب من المدين أكثر من أن يبذل لمصلحة الدائن قدرأ معيناً من الحرص أو العناية أو الرعاية في سبيل وصول هذا الأخير إلى هدف يرغبه ، دون أن يلتزم بأن يحقق له هذا الهدف ذاته ، وهذا هو الالتزام بوسيلة obligation de moyen أو يبذل عناية . ومثال ذلك التزام الطبيب بعلاج المريض . والتزام المحامي بالدفاع عن موكله . فالطبيب أو المحامي لا يلتزم هنا بشفاء المريض أو بكسب القضية . وإنما يلتزم فقط ببذل العناية أو الرعاية المطلوبة منه قانوناً . في سبيل الوصول إلى هذا الغرض أو ذاك . فإن فعل اعتبر أنه قد نفذ التزامه . بنقض النظر عن تحقق الهدف المقصود أو تخلفه . والقدر المتطلب من الرعاية هنا يتحدد . بحسب الأصل . بما يبذله الرجل المعتاد في مثل ظروف المدين . على أن هذا القدر قد يرتفع . أو ينخفض إذا قضى بذلك نص خاص في القانون أو شرط في العقد .

٣٠٠ - وإذا لم يؤد المدين عين ما التزم به . وبعبارة أخرى . إذا لم ينفذ التزامه عيناً تنفيذاً كاملاً من حيث الكيف والكم والزمن . وبرغم إعذار الدائن لمياه بوجود ذلك ( المادة ٢١٨ ) . تحمل بالمسئولية على نحو ما يقضى به القانون . ومن هنا ساد القول بأن الالتزام يتضمن عنصرين : عنصر الوجوب أو المديونية schuld وعنصر المسئولية haftung .

وقد جرت العادة من قديم في فرنسا وفي مصر وفي غيرها من البلاد الأخرى على أن يطلق على المسئولية التي يتحمل بها المدين . عند إخلاله بالالتزام الذي يولده العقد في ذمته . باصطلاح « المسئولية العقدية responsabilité contractuelle » . وقد شاع هذا الاصطلاح وساد . حتى بات يظهر كما لو كان من الحقائق الثابتة الراجحة في دنيا القانون . وقد ساعد على ذلك أنه تولد في أذهان رجال القانون الاعتقاد بأن الاصطلاح السابق يقابل اصطلاح « المسئولية التقصيرية » .

والحقيقة أن اصطلاح « المسئولية العقدية » . برغم ثبوته ورسوخه .

لم يأت موفقاً . فالمسئولية لا تكون عن العقد : وإنما تكون عن الإخلال بالالتزام الذى ينشئه العقد . وبعبارة أخرى عن الإخلال بالالتزام التعاقدى . ثم إن المسئولية العقدية لا تقابل ذات المسئولية التقصيرية أو المسئولية عن العمل غير المشروع . فهذه المسئولية الأخيرة لا تعدو أن تكون ينبوع الذى يولد الالتزام على صاحب الفعل الضار بتعويض الضرر الذى ألحقه بخصمته . وبعبارة أخرى هى لا تعدو أن تكون المصدر لهذا الالتزام . وهى بهذه المثابة تقابل العقد ذاته ولا تقابل المسئولية عن الالتزام الناشئ من العقد . أو المسئولية العقدية . فإذا نشأ الالتزام عن المسئولية التقصيرية ثبت له كيانه الذاتى وتحمل المدين به . وانشغلت مسئوليته عنه إذا تقاعس عن تنفيذه . شأنه فى ذلك شأن الالتزام الناشئ من العقد . فكأننا لو أردنا أن نتمشى مع المقصود من اصطلاح « المسئولية العقدية » فى مجال العمل غير المشروع . لتوجب أن نقول المسئولية عن المسئولية التقصيرية . وإذا أردنا أن نساير المنطق القانونى إلى نهايته بالنسبة إلى مصادر الالتزام الأخرى . لتوجب أن نقول : « المسئولية الإثرائية ( المسئولية عن الالتزام الناجم عن الفعل النافع ) » والمسئولية عن الإرادة المفردة وهكذا .

والحقيقة أنه لا توجد فى مجال القانون المدنى إلا مسئولية واحدة . يمكننا أن نطلق عليها « المسئولية المدنية » . تتميزها عن المسئولية الجنائية أو الإدارية أو الدستورية أو غيرها . وقوام هذه المسئولية فى الأساس واحد وهو الإخلال بالالتزام . أياً ما كان مصدره . أى سواء أكان مصدره العقد أم الفعل الضار أم الإثراء بدون سبب على حساب الغير أم الإرادة المفردة ، أم غير ذلك كله من الوقائع التى يمنحها القانون قوة لإنشاء الالتزام . وليس يوجد ثمة ما يمنع بعد ذلك أن تختلف هذه المسئولية على نحو أو على آخر باختلاف مصدر الالتزام . كما أنها قد تختلف باختلاف موضوع الالتزام ذاته . حتى لو اتحد مصدره .

ونحن . بما أوردناه فيما سبق . لانستهدف نبد اصطلاح « المسئولية العقدية » . بعد أن ثبت وترسخت أقدماه عبر العصور . فنحن دوماً من أنصار



المذهب القائل بأن الخطأ الشائع خير من الصواب المهجور . وإنما أردنا فقط أن نبرز حقيقة التقابل بين الاصطلاح السابق وبين اصطلاح « المسئولية التقصيرية » أو « المسئولية عن العمل غير المشروع » . وأن المسئولية المدنية أوسع نطاقاً من هاتين المسئوليتين . ثم إننا ابتغيها أيضاً أن نبرز أن نظرية العقد - التي هي موضوع هذا المؤلف - تقف عند العقد ذاته . فلا تتجاوزه إلى التطرق إلى الالتزامات التي يولدها من حيث تنفيذها أو المسئولية عنها ، شأن نظرية العقد في ذلك شأن نظرية العمل غير المشروع أو المسئولية التقصيرية . وشأن نظرية الإثراء بدون سبب أو نظرية الإرادة المنفردة . أما تنفيذ الالتزام والمسئولية عنه . فمحل دراسته - أيأ ما كان مصدره - في أحكام الالتزام . وهذا هو بالفعل النهج الذي يسير عليه قانوننا المدني .

## الباب الثالث

### انحلال العقد

٣١١ - يقصد بانحلال العقد إزالة الرابطة العقدية التي تجمع بين طرفيه . بعد قيامها . والأصل أن العقد لا ينحل . بل هو لا ينقضى . فمن شأنه أن يولد الالتزامات . والالتزامات هي التي تنقضى ، إما بالوفاء ، كما هو الأمر العادى المألوف . وإما بغير الوفاء من أسباب الانقضاء الأخرى . وإذا انقضت الالتزامات المتولدة عن العقد ، فإن العقد نفسه لا ينقضى . حتى في هذه الحالة . وإنما هو يبق هنا قائماً ، لينهض دعامة وسنداً للحقوق التي نشأت . نتيجة تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه . فإذا باع شخص . مثلاً . لآخر ماله . وتنفذت الالتزامات التي يولدها البيع . فسلم البائع المبيع للمشتري الذي انتقلت إليه ملكيته . ودفع المشتري الثمن ، في مثل هذه الحالة . برغم أن الالتزامات الناشئة عن البيع قد انقضت بالوفاء . إلا أن البيع نفسه لا ينقضى ولا يزول . بل يستمر قائماً ، ليؤدي دوره الأخير . كدعامة وسند لحق البائع في ملكية المبيع ، ولحق المشتري في استيفائه الثمن .

وإذا كانت القاعدة أن العقد لا ينحل . فهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ أنه يرد عليها بعض الاستثناءات . ومن هذه الاستثناءات ما هو خاص بعقود بعينها : كالرجوع في الهبة ، وكالإنهاء في الوكالة . وكحل الشركة . ولن نتناول هنا . ونحن في مجال دراسة نظرية العقد . أى دراسة أحكام العقد بوجه عام . تلك الاستثناءات الخاصة . حيث إنها تجد مكانها عند دراسة العقد الذي نخصه . وهكذا يبقى لنا النوع الثانى من الاستثناءات التي ترد على قاعدة أن العقود لا تنحل . وهى أسباب الانحلال العامة . وتركز هذه الأسباب في ثلاثة أساسية . هى الفسخ . والانفساخ ، والتفاسخ أو التبايل أو الإقالة . ونتناول كلا من هذه الأسباب . في فصل مستقل . ثم نعقب في فصل آخر ، بدراسة حالة . يتوقف فيها تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مؤقتاً ، وهى حالة الدفع بعدم التنفيذ .

## الفصل الأول

### فسخ العقد

٣١٢- الفسخ *résolution* هو حل الرابطة العقدية ، بناء على طلب أحد طرفي العقد ، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته . وهكذا فالفسخ يمثل جزءاً عن إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . وبمقتضاه . يستطيع العاقد الآخر حل الرابطة العقدية ، حتى يتحرر نهائياً من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه ، وذلك دون حرمانه من حقه الأصلي في التمسك بالعقد والإصرار على إعماله ، والمطالبة بالتأني بالتنفيذ العيني للحقوق الناجمة له منه . إذا رآه له أفضل . وفي ذلك تقضى المادة ١٥٧ بأنه : ١٠ - في العقود الملزمة للجانبين . إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر : بعد إعداده المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه . مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى . ٢ - ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ . إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة .

### ٣٠٣- نشأة الفسخ وتأصيله :

عرفنا أن الفسخ يمثل جزءاً بقرار لكل من العاقدين ، إذا أخل العاقد الآخر بالالتزامات التي يفرضها العقد عليه .

ولم يكن الفسخ . كجزء عن الإخلال بالالتزام . معروفاً في أول عهد القانون الروماني <sup>(١)</sup> . ولضادى الضرر الناجم عن ذلك ، جرى العمل على

---

(١) والفقهاء الإسلاميون يدور لم يعرف نظام الفسخ كجزء عن إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . وإذا كان إصطلاح « الفسخ » معروفاً في لغة فقهاء المسلمين ، بل وكثير الشيوخ على ألسنتهم ، فهو بمعنى عنهم مدلولاً مختلفاً . فقد استعملوه في معنيين : في معنى بطلان العقد أو إنطائه ، وللدلالة على انحلال العقد نتيجة إعمال شرط اتفق عليه طرفاه . وسوف نمود إلى ذلك فيما بعد . راجع ماسيجي ، نيفي ٣٢٩ .

أن يتضمن العقد شرطاً . بمقتضاه يتفق طرفاه على انفساخه . إذا أخل أحدهما بما يفرضه عليه من التزامات . أى جرى العمل على أن يتفق العاقدان على جعل العقد معلقاً على شرط فاسخ . هو إخلال أى منهما بالتزاماته . وهكذا شق نظام الفسخ طريقه إلى الوجود . فى القانون الرومانى . مؤسساً على الشرط الفاسخ الصريح .

وانتقل نظام الشرط الفاسخ الصريح من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم . حيث عم وشاع النص عليه فى العقود . إلى حد أن أصبح وجوده فيها مفترضاً . حتى عند عدم التصريح به . تأسيساً على أن العاقدين . وإن لم يصرحا به . إلا أنهما مع ذلك يرتضيانه ضمناً . وهنا أصبح الفسخ نظاماً منطلقاً يسرى على العقود كلها . ومؤسساً على شرط يفترض وجوده فى العقد . على اعتبار أن المتعاقدين ارتضياه ضمناً . أى على الشرط الفاسخ الضمنى .

ولكن الفرنسيين القدماء . إذا كانوا قد وصلوا إلى تعميم نظام الفسخ على العقود كلها . دون حاجة إلى اشتراطه صراحة فى العقد . فهم . من ناحية أخرى . قد قبلوه عما كان عليه الحال من قبل . إذ هم لم يتركوه يتقرر بقوة القانون بمجرد وقوع الإخلال بالالتزام . الأمر الذى كان يقول به الرومان . ولكنهم اشتراطوا . لحصوله . أن يقضى به القاضى . وهكذا ولد نظام الفسخ على النحو الذى يقول به القانون المعاصر .

وجاءت مدونة نابليون . وأخذت بنظام الفسخ على نحو ما كان يقول به الفرنسيون القدماء . مؤسسة إياه بدورها على الشرط الفاسخ الضمنى . الذى افترضت وجوده دائماً فى العقود الملزمة للجانبين ( المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى ) . ومن مدونة نابليون . انتقل نظام الفسخ . بطريق مباشر أو غير مباشر . إلى كثر من قوانين الدنيا . ومنها قانوننا المصرى .

بيد أن تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الضمنى . أصبح اليوم منتقداً . بل مهجوراً أو يكاد . حتى فى فرنسا نفسها . وذلك على الأقل وفقاً للمفهوم الأصيل لهذا الشرط الفاسخ . فؤدى هذا الشرط . إذا أخذناه بمفهومه

البيصيل الذي اصطلح به عند نشأته<sup>(١)</sup> ، أن يفسخ العقد بقوة القانون ، بمجرد إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . دون حاجة إلى تدخل من القاضي . وذلك في حين أن الفسخ . وفقاً لما يقول به القانون المعاصر . لا يقع ، كإعادة عامة . إلا بحكم القاضي . بل إن للقاضي . كما سنرى . في إيقاع الفسخ . سلطة تقديرية رحبة الحدود ، تصل به إلى حد إمكان رفضه ، برغم توافر شروطه .

وبرغم أن تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الضمني بات اليوم فكرة غير سليمة ومنبوذة . إلا أننا نجد كثرة الأحكام في مصر لازالت تذكر هذا الشرط على اعتبار أنه يمثل أساساً للفسخ القضائي<sup>(٢)</sup> - وهو ذلك الذي لا يقع إلا بحكم القاضي - لتقابل بين هذا النوع من الفسخ وبين الفسخ القانوني أو الاتفاق . الذي يقع بقوة القانون وبغير حاجة إلى حكم القاضي . والذي تؤسسه على ما يطلق عليه الشرط الفاسخ لصريح . ولو أننا أردنا التزام الدقة . لتوجب القول بأنه لا يوجد في مجال الاتفاق على الفسخ .

(١) المفهوم الأصيل للشرط الفاسخ هو أن يطلق زوال العقد على واقعة مستقبلية محتملة الحصول دون أن تكون مؤكدة ، وهي إخلال العاقد بالتزاماته ، بحيث إنه إذا تحققت هذه الواقعة ، انفسخ العقد . وقد كان الرومان يأخذون بهذه المفهوم ، وأعملوا مؤداً ، فقالوا بوقوع الفسخ بقوة القانون ، بمجرد حصول إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . ولكن مفهوم الشرط الفاسخ أخذ يتغير ، بعد أن قال الفرنسيون القدماء ، ومن بعدهم مدونة نابليون ثم غيرها من المدونات القانونية المصرية الأخرى ، بوجود تدخل القاضي ، كأصل عام ، وعلى الأخص ، بعد أن منح القاضي سلطة تقديرية رحبة في إيقاع الفسخ أو رفضه . وأصبح مدلول الشرط الفاسخ ، عند بعض الفقهاء وفي بعض أحكام القضاء ، هو أن يقع الفسخ جزاء للإخلال بالتزام نتيجة اتفاق العاقدين على هذا الحكم صراحة أو ضمناً . وهكذا تغير مدلول الشرط ، باعتباره وصفاً يصدق العقد عليه ، إلى مدلول الشرط ، باعتباره أحد البنود التي يشملها العقد ، وبعبارة أخرى ، تغير مدلول الشرط condition إلى مدلول الاشتراط clause . قارن في ذلك De Page ج ٢ نبذة ٨٧٦ .

(٢) انظر من أحكام النقض : نقض ١٩٥٧/٢/٢١ ملن ٢٣/٧٤ بمجموعة النقض س ٨ ص ١٥٨ رقم ٢٠ - نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ بمجموعة النقض س ٦ ص ١٥١٠ رقم ٢٠٦ - نقض ١٩٥٦/٥/٣١ بمجموعة النقض س ٧ ص ٦٣١ رقم ٨٦ - نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ ملن ٣٦/١٣٠ بمجموعة النقض س ٢١ ص ٩٠٨ رقم ١٤٥ - نقض ١٩٤٧/١٢/٤ ، بمجموعة محر ٥ ص ٤٩٨ رقم ٢٣٧ .

إلا نوع واحد من الشرط . وهو ذلك الذى يطلق عليه « الشرط القاسخ الصريح » . الذى يترتب عليه وقوع الفسخ بقوة القانون بمجرد حصول الإخلال بالالتزام . أما الفسخ الذى يشار إليه على اعتبار أنه يؤسس على ما يطلق عليه « الشرط القاسخ الضمنى » . وهو الفسخ القضائى ، فإنه لا يقع فى الحقيقة نتيجة الاتفاق عليه من العاقدين ، أى اشتراطه منهما . وإنما يقع إعمالا لحكم القانون نفسه الذى يبين شروطه ومداه<sup>(١)</sup> .

وتسير الآن جمهرة الفقهاء على تأسيس الفسخ على فكرة السبب<sup>(٢)</sup> . فهم يقولون إنه ، فى العقود التبادلية ، يرجع سبب التزام كل متعاقد إلى قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته . بحيث إنه إذا أخل أحدهما بما يفرضه العقد عليه من التزامات ، أصبح سبب التزام المتعاقد الآخر غير متحقق ، الأمر الذى يحوله طلبه فسخ العقد . وقد شاعت هذه الفكرة فى الفقه . على الأخص بعد أن قال الفقيه Capitane بالتعديل الذى أجراه على نظرية السبب فى شكلها التقليدى ، ومؤداه أن سبب التزام كل متعاقد فى العقود التبادلية ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر . بل تنفيذ هذا الالتزام .

وتأسيس الفسخ على فكرة السبب يبدو لنا . بلوره . محل نظر . فإحدى هذه الفكرة أن يقع الفسخ بقوة القانون . بمجرد حصول الإخلال بالالتزام . إذ يصبح التزام العاقد الذى حصل الإخلال إضراراً به . غير قائم على سبب . وذلك فى حين أن الفسخ لا يقع ، كأصل عام ، إلا بحكم القاضى . بل إن للقاضى . كما سئى ، أن يرفض طلب الفسخ . حتى بعد أن يثبت له الإخلال بالالتزام<sup>(٣)</sup> .

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه بالنسبة إلى ورود عبارة الشرط القاسخ الضمنى فى أحكام القضاء .

السنهورى ج ١ طبعة ١٩٦٤ ص ٧٨٤ هامش ٣ .

(٢) انظر : حشمت أبوسنتيت ، المرجع السابق نبذة ٣٧٣ - عبد المنعم الصده ، المرجع

السابق نبذة ٣٦٨ - Colin et Capitane ج ٢ نبذة ١٤٠ - وقارن السنهورى ،

المرجع السابق نبذة ٤٦٣ حيث يرى تأسيس الفسخ على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتبادلة .

(٣) انظر فى نقه تأسيس الفسخ على فكرة السبب : Marty et Raynaud ج ٢ نبذة

١٩٠ و ٢٨٤ و ٣١١ - Mazzeaud ، دروس القانون المدنى نبذة ٢٦٦ - Planiol ،

Ripert et Boulanger ج ٢ نبذة ٥١٥ .

وإذا طرحنا الرأى الذى يقيم الفسخ على فكرة السبب ، فإن الرأى الذى يتمثل لنا صواباً هو أن الفسخ يتقرر كجزء يفرضه القانون عن الإخلال بالالتزام . شأنه فى ذلك شأن التعويض . وهو جزء ينسق مع فكرة أن العقد التبادلى يفرض الالتزامات على عاقديه على سبيل التقابل ، بحيث إنه إذا تقاعس أحدهما عن الوفاء بالتزاماته ، ساغ للعاقد الآخر أن يطلب إزالة العقد كله . وتحلله بالتالى من التزاماته هو . وفكرة أن الفسخ يتقرر كجزء عن الإخلال بالالتزام هى التى تنسق أكثر مع وجوب تدخل القاضى لإيقاعه ، وعلى الأخص مع منحه سلطة تقديرية رحبة فى الحكم به أو فى رفضه . فالأصل ، فى الجزاء أنه يتقرر بحكم القاضى <sup>(١)</sup> .

#### ٣١٤ - مجال الفسخ :

الفسخ لا يكون إلا فى العقود . فلا مجال له فى التصرفات الصادرة من جانب واحد ، كالوصية . وهذا أمر ظاهر تقتضيه طبيعة الفسخ ذاتها .

والفسخ لا يكون إلا فى العقود المتعقدة . فهو لا يكون فى العقد الباطل . لأنه جزء على إخلال العاقد بالتزامه . وهذا يفترض بالضرورة أن يكون العقد قد انعقد ، فولد آثاره ، ثم جاء أحد طرفيه فتقاعس عن أداء الالتزام الذى يفرضه عليه . وهكذا فلا مجال للفسخ ، إذا كان العقد لم يتم ، بمعنى أنه قد وقع باطلاً .

وإذا كان الفسخ لا يقع فى العقد الباطل ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من إعماله فى العقد القابل للإبطال . لأن العقد القابل للإبطال ، بخلاف العقد الباطل ، عقد قائم ومتنج لآثاره ، وإن كان الزوال يهدده . وهكذا يمكن أن ينضع العقد القابل للإبطال لجزأين ، يختلفان فى أساسهما وفى مداهما ، وإن اتفقا إلى حد كبير فى أثرهما . وهذان الجزأان هما الإبطال والفسخ .

---

(١) ولا يسوغ أن يمتنع عن ذلك بمقولة إن القانون يميز وقوع الفسخ بقوة القانون ، عند الاتفاق على ذلك . فهنا حكم استثنائى يخالف الأصل العام . ثم إنه ليس غريباً . فله سنو فى القانون ، وهو الشرط الجزائى ، ومواده منح سلطة تقدير التعويض ، عن الإخلال بالالتزام ، للمتعاقدتين نفسيهما ، فى حين أن الأصل أن القاضى هو الذى يقدره .

فأساس الإبطال خلل في ذات تكوين العقد . أما أساس الفسخ ، فهو إخلال أحد العاقدين بالتزامه . والإبطال يثبت فقط للعقد الذى قام به سببه ، دون العاقد الآخر . أما الفسخ ، فهو يثبت لأى من العاقدين يحصل الإخلال من غريمه بالتزامه لإضراراً به . ثم إن الإبطال ، إذا توافر سببه ، وتمسك به من قرر لمصلحته تمثل أمراً حتمياً على القاضى ، لا خيار له فيه ، فيلزم بالحكم به <sup>(١)</sup> . أما الفسخ ، فهو ، كأصل عام ، أمر جوازى للقاضى ، يترخص فيه بسلطة تقديرية رجة الحدود ، تحوله أن يحكم به . أو يرفضه برغم توافر شروطه <sup>(٢)</sup> .

وإذا تحدد مجال الفسخ ، حتى الآن . بالعقد . دون التصرف الصادر من جانب واحد . وبالعقد المتعقد . دون العقد الباطل ، فيبقى بعد ذلك أمر ثالث وأخير . فالفسخ لا يكون إلا في العقود التبادلية . أى الملزمة للجانبين ( المادة ١٥٧ / ١ ) ، كالبيع والإيجار والشركة . فلا مكان له في العقد الملزم لجانب واحد . كالهبة <sup>(٣)</sup> . وهذا أمر تقتضيه بدوره طبيعة نظام

(١) هذا هو الأصل العام ، وإن كان يرد عليه استثناء فيما يتعلق بالاستقلال ، حيث ثبتت للقاضى سلطة تقديرية في إجابة الطرف المستغل إلى إبطال العقد أو إلى إنقاص التزاماته إلى الحد الذى يرفع عنه الثمن القاسى ( المادة ١٢٩ / ١ مدنى ) ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه . راجع ما سبق .  
نبذة ١٨٩ .

(٢) يظهر مما سبق أنه في العقد القابل للإبطال . بخلاف العقد الباطل . يمكن للعقد الذى تقرر الإبطال لصاحبه . ثم جاء العقد الآخر فأخل بالتزامه إضراراً به ، أن يسلك ، في سببه خلاصه من العقد ، أحد طريقين : فله أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ . فحين بدأ بدعوى الإبطال . ثم رفضها القاضى لعدم تحققه من قيام سببه . جاز له بعد ذلك أن يرفع دعوى الفسخ . ولكن إذا بدأ بدعوى الفسخ ، ومن غير تحفظ بالنسبة إلى حقه في الإبطال ، أمكن أن يفسر ذلك على أنه يميز ضمن العقد . فيتصمم نهائياً ، فيمتنع عليه ، إذا حكم القاضى برفض الفسخ : إما لعدم توافر الشروط ، أو إعمالاً لسنفته التقديرية . أن يرفع دعوى الإبطال بعد ذلك . لأن ودى دعوى الفسخ أن رفضها يتطلب إعماله كجزء عن إخلال العاقد الآخر بالتزامه . وهذا يفترض أنه يسم بأن العقد صحيح ، حتى أنه استطاع أن ينتج الالتزام الذى يدعى الإخلال به ، أى أن ذلك يتضمن منه إجازة ضمنية للعقد .

(٣) حل أنه إذا كانت الهبة قد عقدت مشروطة بأن يقوم الموهوب له بالتزام معين ،  
فيمكن أن ترد محل الفسخ . لأن الهبة تكون هنا ملزمة للجانبين .



الفسخ ذاتها . فالفسخ . نظام مؤداه أن يحل أحد العاقدين بالتزامه ، فيترخص للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، حتى يتحرر هو من التزاماته . وهذا ما يقتضي أن يكون من شأن العقد أن يولد التزامات على العاقدين كليهما ، أي أن يكون ملزماً للجانبين .

وإذا توافر للفسخ مجال إعماله الذي حددناه . فهو يثبت في صورته العادية - وهي صورة الفسخ القضائي - ، دون حاجة إلى النص عليه في العقد<sup>(١)</sup> ، بل من غير حاجة إلى أن يعرض له المتعاقدان أصلاً باتفاق عليه بينهما ، صريحاً كان هذا الاتفاق أم ضمنياً . فرخصة الفسخ القضائي ، أي الفسخ الذي يوقعه القاضي عند توافر شروطه : تثبت لصاحبها بمقتضى القانون ذاته ، وذلك بخلاف النوع الآخر من الفسخ ، وهو الذي يقع بقوة القانون ، حيث إنه لا يكون إلا باتفاق قاطع عليه .

وإذا كان الفسخ في صورته العادية ، أي الفسخ القضائي ، يثبت لمن يكون له الحق فيه بمقتضى القانون ذاته ، وبدون حاجة إلى اشتراطه صراحة أو ضمناً ، فإنه لا يوجد ثمة ما يمنع من الاتفاق على استبعاده ، سواء أحصل هذا الاتفاق عند إبرام العقد أم في تاريخ لاحق . إلا أن مثل هذا الاتفاق ينبغي أن يثبت ممن يدعيه على نحو قاطع . إذ أن ما يخالف الأصل لا يفترض . فإن كان القانون هو الذي يمنح رخصة الفسخ لمن تتوافر فيه شروطه ، فهو بمنحها إياه بمقتضى قاعدة مفسرة أو مكملة ، يجوز الاتفاق على مخالفتها<sup>(٢)</sup> . وهكذا فنظام الفسخ لا يتعلق بالنظام العام . وهو في ذلك يتخالف مع نظام الإعلان ، الذي يعتبر من صميم النظام العام ، اعتباراً بأنه يمثل جزءاً مما يمس العقد في ذات قيامه .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ طين ١٩٨٨/٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٧٠٨

رقم ٩٧ - نقض ١٩٦٩/٢/١٣ طين ٢٣/٣٥ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٣٢٥ رقم ٥٢ .

(٢) راجع نقض ١٩٦٩/٢/١٣ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أن نص

المادة ١٥٧ مدق ، الذي يحول كلا من المتعاقدين الحق في المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف العاقد

الآخر بالتزامه ، « هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين . ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً

لكل منهما بنص القانون ، ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ، ولا يجوز حرمان

المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح » .

### ٣٠٥ - خيار الدائن بين الفسخ والتفويض :-

رأينا أنه يجوز ، في العقود الملزمة للجانبين ، للدائن ، إذا أخل مدينه بالتزامه ، أن يطلب فسخ العقد ، حتى يتحرر هو بدوره من التزاماته التي يرتبها العقد عليه . ولكن هذا الأمر ليس واجباً عليه . فالفسخ أمر جوازى للدائن الذى يقع الإخلال بحقه ، إن شاء تمسك به ، وإن شاء أحجم عنه ، وأصر على أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه <sup>(١)</sup> . فهو يتمثل مجرد رخصة تحول الدائن الذى يحصل الإخلال بالتزامه التحلل من العقد <sup>(٢)</sup> ، من غير أن يجبر عليه . وهو يتمثل رخصة تضاف إلى حق الدائن الأصل فى التمسك بالعقد والإصرار على تنفيذ التزام مدينه . وليست بديلة عنه . وفى ذلك تقضى المادة ١٥٧ / ٢ بأنه يجوز للعائد . إذا أخل العاقد الآخر بالتزامه وبعد إعذاره «أن يطالب بتنفيذ العقد أو يفسخه» <sup>(٣)</sup> ، فالشخص الذى يبيع ماله . مثلاً ، ثم يتقاعس المشتري عن دفع الثمن . يثبت له طلب فسخ البيع . حتى يتحلل هو بدوره من أداء التزامه بتسليم المبيع ونقل ملكيته . ولكن هذا الفسخ يثبت له على سبيل الرخصة والجواز . دون الجبر والإلزام . ومن ثم يسوغ للبائع فى مثلاً ، أن يتمسك بوجوب أن يقوم المشتري بأداء التزامه بدفع الثمن . بل إن ذلك هو حقه الأصل . الذى لا تاتى رخصة الفسخ بديلة عنه . وإنما تجيء لتضاف إليه ، وتمنع الدائن الخيار بينها وبينه . وهكذا فالمتعاقد الذى يحصل الإخلال بحقه يكون له الخيار بين أن يصبر على تنفيذ المدين التزامه . وبين أن يطلب فسخ العقد . والخيار فى ذلك كامل له . فلا جبر عليه فيه . وإذا اختار أحد الأمرين . فلا يوجد ثمة ما يمنعه من تركه إلى الآخر . فليس

(١) انظر فى هذا الموضوع : عبد الحى حجازى ، متى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية فى سبتمبر الأولى والثانية .

(٢) راجع فى هذا المقص : السهورى ، الوسيط ج ١ ، نبذة ٧٥ ، والمراجع الذى أشار إليها :

(٣) وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقول : « فو سالة الفسخ القضاء

يتخلف أحد العاقدين من الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لازال ممكناً ، ويكون العاقد الآخر

بأنخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل ،

فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل فى حدود الإمكان . . . . . تعين أن يستجيب

القاضى لهذا الطلب . . . . .

هناك ما يمنع العاقد من أن يبدأ بطلب التنفيذ ثم يتركه إلى الفسخ (١) .  
أو العكس .

خلاصة ماسبق أن الفسخ جوازى للعاقد الذى يخل الطرف الآخر بالتزامه  
ولا يمنعه من التمسك بتنفيذ هذا الالتزام .

ورخصة الفسخ لا تثبت بالضرورة إلا للعاقد الذى يقع الإخلال بالتزامه  
دون العاقد الآخر . فلا يجوز للعاقد الذى يخل بالتزامه أن يطلب هو فسخ  
العقد . فالمشترى . فى مثالنا الذى سبق ذكره : لا يجوز له أن يطلب فسخ  
البيع . لأن الفرض أنه هو الذى أخل بالتزامه بدفع الثمن . دون البائع الذى  
لم يخل بأى من التزاماته .

يظهر مما سبق أن الفسخ رخصة تثبت لذات العاقد الذى وقع الإخلال  
بحقه من غريمه . دون هذا الأخير . وهذه الرخصة تثبت له أيضاً وحده .  
دون أن تثبت للقاضى . فليس للقاضى أن يحكم بالفسخ من تلقاء نفسه . حتى  
لو تبين حدوث الإخلال بحقوق أحد العاقدين . وإنما يتحتم هنا أن يكون هذا  
العاقد قد طلب من القاضى الحكم بالفسخ . وهكذا للقاضى أن يجيب  
المتعاقد الذى وقع الإخلال بحقوقه إلى الفسخ : إذا طلبه منه . وإلكنه  
لا يحكم به مطعوماً من تلقاء نفسه .

وإذا كان الفسخ رخصة تثبت للعاقد . جزاء لإخلال العاقد الآخر  
بالتزامه ، فلا يوجد ثمة ما يمنعه من التزول عنه . حتى قبل أن يتحقق سببه :  
أى حتى قبل أن يثبت الإخلال بالالتزام . وسواء فى ذلك أن يجيء التزول  
عن الفسخ من العاقد تلقائياً . أم نتيجة التزامه به بمقتضى عقد أبرمه مع  
غريمه . فالاتفاق الذى يمنع العاقد من التمسك بالفسخ صحيح . وهو صحيح :  
سواء أكان من شأنه منع العاقدين كليهما . أو أحدهما دون الآخر . وهو  
صحيح أيضاً ما كان تاريخه . أى سواء تم بعد تحقق سبب الفسخ أم قبله (٢) .

(١) انظر : نقض ١٥/٨/١٩٦٧ طعن ٢٤/١٩٣ مجموعة النقض ص ٢٠ .

رقم ٢٢٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أن رجوع المشتري على البائع بشان الاستحقاق لا يمنعه من  
المطالبة بفسخ عقد البيع . على أساس أن البائع أخل بالتزامه .

(٢) انظر فى هذا الاتجاه : السهوى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٧٥ . وراجع ماسبق ،

### ٣١٦ - شروط الفسخ :

يلزم . لإمكان وقوع الفسخ . أيًا ما كانت طريقة وقوعه . أى سواء أكان فسخاً قضائياً أم قانونياً ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ - إخلال المدين بالتزامه الناشئ من العقد : فالفسخ . كما قلنا ، جزاء يقرر لصالح الدائن . عند عدم وفاء المدين بالتزامه . فيلزم أن يكون المدين قد أحل فعلاً بالتزامه <sup>(١)</sup> . سواء أكان هذا الإخلال كلياً . بأن كان المدين لم يَف بالتزامه أصلاً . أو كان جزئياً . بأن كان المدين قد وفى ببعض التزامه دون البعض الآخر .

ولا يعتبر المدين مخلاً بالتزامه إخلالاً يجوز له طلب فسخ العقد . إلا إذا تقاعس عن أدائه بعد إذاره <sup>(٢)</sup> و <sup>(٣)</sup> من دائه بوجوب هذا الأداء . وبغير ضرورة بعد ذلك لتهديده بالفسخ إذا قعد عنه <sup>(٤)</sup> . وفى ذلك تقضى

---

(١) وتقدير الأمور التى تشمل من المدين إخلالاً بالتزامه متروك لقاضى الموضوع من غير أن يكون عليه معقب من محكمة النقض ، ما دام هو يقوم على أسباب تسوغه . انظر نقض ١٩٧٠/٣/١٧ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٤٥٠ .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٧/٢/٢١ مجموعة النقض س ٨ ص ١٥٨ رقم ٢٠ - نقض ١٩٥٢/٥/١ مجموعة النقض س ٣ ص ٩٨٨ رقم ١٤٦ . وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أن من الفسخ أن يظل المشتري متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم ، وأن يفيه البائع عليه بالوفاء . « وسبيل هذا التنبيه فى البيع المدنية هو التكليف الرسمى على يد محضر . فلا يصح بمجرد خطاب ، ولو كان موصى عليه » .

(٣) والإحذار مقرر لمصلحة المدين . ومن ثم ينبغي عليه أن يتسلك بعدم حصوله ، وهو فى سبيل دفع الدعوى المرفوعة بالفسخ عليه من دائه . وله أن يتسلك بعدم حصوله فى أى وقت كانت عليه الدعوى أمام محكمة الموضوع ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . ولكن لا يجوز له ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر فى ذلك : نقض ١٩٦٤/٥/١٤ طعن ٢٩/٣٧٠ فى مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٩١ رقم ١٠٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « الإحذار قد شرع لمصلحة المدين ، وله أن يتنازل عنه . فإذا لم يتسلك المدين أمام محكمة الاستئناف بأن الدائن لم يخرجه قبل رفع الدعوى بفسخ العقد ، فإنه لا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض » .

(٤) انظر : نقض ١٩٦٤/١١/١٢ مجموعة النقض س ١٥ ص ١٠٢٨ رقم ١٥٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « الأصل فى الإحذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه . ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى -

المادة ١٥٧ / ١ بأنه « في العقود الملزمة للجانبين : إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه . جاز للمتعاقدين الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ... » . فلا بد للإخلال هنا أن يكون ثابتاً بوجه رسمي . والسبيل إلى ذلك هو الإعدار <sup>(١)</sup> . فلا يكفي في حالة البيع مثلاً . أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن عند حلول أجله . ولا أن يستمر تخلفه هذا إلى ما بعد التنبيه عليه بدفعه شفاهاً أو بخطاب ، وإنما يلزم أن يستمر تقاعسه عن أدائه إلى ما بعد إعداره بوقت معقول يقدره قاضي الموضوع . علماً بأن الإعدار يكون بالإلذار على يد محضر أو بما يقوم مقامه <sup>(٢)</sup> (المادة ٢١٩) .

ولا تظهر أهمية تطلب أن يكون إخلال المدين ثابتاً بوجه رسمي عن طريق الإعدار إلا في الفسخ القانوني . الذي يقع بقوة القانون ودون حاجة إلى حكم القاضي . وذلك نتيجة شرط صريح في العقد يقضي به . أما في الفسخ القضائي . أي ذاك الذي يقع بحكم القاضي . فلا تظهر أهمية ما سبق .

= الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير في تنفيذه . ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوريته ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد في حالة عدم وفائه بالتزامه . ذلك لأن الفسخ والتمويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه في العقود الملزمة للجانبين . وليس يلزم أن يتنبه المدين إليها قبل رفع الدعوى بطلب أهمها . . . » .

(١) على أن الإعدار لا يكون لازماً لإثبات الإخلال بالتزام الذي من شأنه أن يفرض الفسخ في الحالات التي يقرر فيها القانون نفسه عدم ضرورة إجرائه لإثبات التصغير على المدين . كما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين . أو إذا صرح المدين بكفاية أنه لا يريد القيام بالتزامه ( المادة ٢٢٠ ) . انظر في هذا الاتجاه : نقض ٢١-١٩٥٦ . مجموعة النقض س ٧ ص ٦٣١ رقم ٨٦ . وقد جاء في هذا الحكم « أنه وإن كان يصح لحي تقضي المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً لشرط الفسخ الفسخ أن يتنبه البائع على المشتري بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشتري قد صرح بعدم رغبته في القيام بالتزامه . فإذا كان المشتري قد عرض ثمتاً أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك حين الفصل في الدعوى فلا تكون هناك حاجة - لكي يصح الحكم بالفسخ - بد ضرورة التنبيه على المشتري بوفائه الثمن المستحق » .

(٢) انظر نقض ١٢/١١/١٩٦٤ المشار إليه في الهامش قبل السابق . وقد جاء في هذا الحكم أنه يقوم مقام الإلذار ، باعتباره السبيل لأصول الإعدار ، كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ، ويسجل عليه التأخير في تنفيذه . . . . . وعلم الحكم إن اعتبره بروتستو عدم الدفع اعداراً . انظر أيضاً نقض ١/٥/١٩٥٢ ، مجموعة النقض س ٢ ص ٢٥٩ .

ذلك لأن مجرد رفع الدعوى بالفسخ تأسيساً على عدم وفاء المدين بالالتزام يعتبر في ذاته إغذاراً له بوجود هذا الوفاء في ميعاد معقول ، وإلا تحمل نتيجة تقاعسه (١) .

وتخطورة الفسخ ، اعتباراً بأنه يؤدي إلى انحلال العقد ، فقد سار الفقه والقضاء في فرنسا وفي مصر . على أنه يلزم ، للقضاء به ، أن يستمر الإخلال بالالتزام إلى تاريخ إيقاعه . وتظهر أهمية هذا الاتجاه في القسح القضائي ، أي الفسخ الذي ينشأ بحكم القاضي . حيث يؤدي الأخذ به إلى السماح للمدين المخل بالتزامه أن يدرأ عن نفسه الفسخ ، بقيامه بالوفاء بالالتزام ، إلى ما قبل صدور الحكم النهائي به (٢) . وبمعنى أدق إلى ما قبل إقفال باب المرافعة في الدعوى التي يصدر فيها هذا الحكم ، وذلك ما لم يكن تأخر المدين في الوفاء من شأنه أن يضر بالدائن (٣) .

(١) وقد قضى بأنه يلزم ، لاعتبار صحيفة الدعوى بفسخ البيع لإخلال المشتري بالتزامه أضرار هذا الأخير بالفسخ ، أن تتضمن تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام ( نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مجموعة النقض س ٣٠ ص ٣٨٥ رقم ٧٥ ) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٠/٣/١٢ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٤٢٥ . وقد جاء في هذا الحكم : « يمين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائي ، وله أن يتوق صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ، ويستوى في ذلك أن يكون حسن النية أو سيئه النية ، إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر في التصويف من التأخير في تنفيذ الالتزام » . وانظر أيضاً نقض ١٩٦٧/١/٢٦ ، مجموعة النقض س ١٨ رقم ١٣١ ص ٨٥٩ - نقض ١٩٥٧/٢/٢١ ، مجموعة النقض س ٨ ص ١٥٨ رقم ٢٠ - نقض ١٩٥٢/٥/١ مجموعة النقض س ٣ ص ٩٨٨ رقم ١٤٦ - نقض ١٩٦٢/١١/٨ مجموعة النقض س ١٣ ص ٩٩٢ رقم ١٣ .

(٣) فالرخصة التي تمنح للمدين في توق الفسخ بأدائه الالتزام إلى ما قبل الحكم النهائي في الدعوى مناة بعدم حصول ضرر للمائن من التأخير في الوفاء له بحقه . انظر في ذلك : نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ طعن ٣٢٦/١٣٠ مجموعة النقض س ٢١ ص ٩٠٨ رقم ١٤٥ . وقد جاء في هذا الحكم أنه إذا كان من شأن الفسخ القضائي « أن يحول المدين الحق في أن يتوق الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد ، بل وبمجرد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائي فيها ، ولما كان الثابت من معلومات الحكم المطعون فيه أن الطاعن قام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائياً أمام محكمة الاستئناف ، وهو ما يقوم مانعاً من « إجابة طلب الفسخ » ،

٢- يلزم ألا يكون الدائن طالب الفسخ مخلاً بدوره بالتزاماته . فالدائن يطلبه الفسخ ، يأخذ على مدینه أنه قد تقاعس عن الوفاء بالتزاماته نحوه . إضراراً به ، فلا ينبغي له أن يكون ، هو من جانبه ، مخلاً بالتزاماته نحو غيره . إذ لا يصح له أن يتأذى من عمل يكون هو نفسه واقع فيه . بل إن المدين لا يعتبر أصلاً مخلاً بالتزامه لإخلاله من شأنه أن يجوز طلب الفسخ لإضراراً به . إذا كان دائنه قد تقاعس بدوره عن الوفاء بما يوجبه العقد عليه أصلاً . إذ أن للمدين ، في مثل هذه الحالة ، الحق قانوناً في أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ، إلى أن يقوم غيره بالوفاء له بما عليه ، إعمالاً لنظام الدفع بعدم تنفيذ . وهكذا يكون امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه هنا قائماً على حق . وليس ممتثلاً لإخلال ، الأمر الذي يجعل ذات الشرط الأول السابق عرضه غير متوافر . وعلى ذلك فلا يجوز للمتعاقد ، الذي أشعل المتعاقد الآخر بمحقوقه ، أن يطلب الفسخ ، إلا إذا كان هو قد وفى بالتزاماته ، أو في الأقل ، كان مستعداً للوفاء بها . وعرض القيام بهذا الوفاء عرضاً قانونياً صحيحاً (١) .

— ما لم يثبت لهكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر ما يضار به الدائن ، وكان الحكم المطعون فيه — الذي أيد الحكم الابتدائي بفسخ العقد — لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتبار وفاء الطاعن بالمتبقي من مبلغ الإيجار المحكوم به ابتدائياً مانعاً من الفسخ ، وكان ما قرره من إسناد الماطلة والإعنات إلى الطاعن لا يعد بياناً للضرر في هذا الخصوص ، فإن الحكم يكون مشوباً بالتقصير في التمييز والفساد في الاستدلال بما يستوجب نقضه فيما قضى به من نسخ العقد . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٥٣/٥/١٤ بمجموعة النقض من ٤ ص ١٠٢٤ رقم ١٦٠ .

(١) انظر نقض ١٩٦٧/١/١٩ ، بمجموعة النقض من ١٨ ص ١٤٣ رقم ٢٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً باع لآخر أكثر مما يملك ، واشترط في العقد اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه ، إذا تأخر المشتري في دفع الثمن في ميعاده . لم يدفع المشتري أقساط الثمن في ميعاده ، استناداً إلى الخطر الذي يهدده نتيجة كون غريمه قد باع له أكثر مما يملك ، وأنه كان له بالغالب الحق في حبس الثمن . تمسك البائع بالشرط الفاسخ الصريح ، وأجابته هكمة الموضوع إليه . ولكن الهكمة العليا نقضت الحكم ، قاضية بحق « أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء حل عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه لا يتمتع به إذا كان المتخلف عن الوفاء بغير حق . فإن كان من حق المشتري قانوناً أن يحبس الثمن من البائع . فلا عمل للشرط الفاسخ ، مولو كان صريحاً » . وذلك حتى لو كان المشتري لم يخطر البائع بزمه حل مباشرة حقه في الحبس —

٣- يجب على طالب الفسخ أن يكون قادراً على التمشي مع النتيجة التي من شأن الفسخ أن يرتبها . فوُدى الفسخ ، كما سنبينه بعد قليل ، اعتبار العقد كأن لم يكن أصلاً . الأمر الذي من شأنه أن يعيد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد . فإذا تعذر على الدائن بفعله أن يعيد الحال إلى ماكانت عليه قبل العقد ، امتنع عليه أن يطلب الفسخ . ومثال ذلك أن يشتري شخص كمية من البضاعة ، ويتسلم بالفعل بعضها ويبيعه لعملائه ، ثم يقعد البائع عن تسليم الجزء الباقي من البضاعة ، هنا يتمتع على المشتري طلب فسخ البيع ، برغم وقوع الإخلال من البائع ، لأنه لن يستطيع ، لو أنه حكم بالفسخ ، أن يتمشي مع نتيجته ، فيعيد البائع إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد ، إذ القرض أنه لن يستطيع أن يعيد إليه البضاعة التي باعها لعملائه . ومثال الحالة التي نحن بصدددها أيضاً أن يشتري شخص آلة ، فيسوء استعمالها وهمل في اتخاذ مايلزم من جانبها لصيانتها وتلطف ، فيمتنع عليه طلب الفسخ . استناداً إلى إخلال البائع بالتزاماته نحوه ، إذ أن المشتري لا يستطيع هنا بفعله إعادة الآلة إلى الحالة التي اشتراها في الأصل عليها <sup>(١)</sup> .

يخلص مما سبق أنه يلزم ، لكي يحكم القاضي بالفسخ ، إذا ما طلبه منه الدائن ، أن يكون المدين قد أخل بالتزام من الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته ، وأن يكون الدائن نفسه غير مخل بالتزاماته بأن يكون قد وفى بها أو على استعداد لأن يوفى بها ، وأن يكون الدائن ، في النهاية ، قادراً على

---

= قبل حلول الأجل ، إذ أن مثل هذا الإخلال ليس شرطاً لثبوت الحق في الحبس . وانظر أيضاً : نفط ١٩٦٩/٤/٨ طعن ١٤٨/٣٥ مجموعة النقض من ٢٠ ص ٥٧١ رقم ٩٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « لا يكتفى بحكم بالفسخ أن يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم للجانبين ، وأن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبي ، وإنما يشترط أيضاً أن يكون طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره ، فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا ، فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذه ما في ذمته من الالتزام » .

(١) انظر تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٦ ، طعن رقم ١٩٧٥/٤٧ تجاري ، منشور في مجلة المحامى من ٨ ع ٢ ص ٩ و ٦٣ ، ومنشور أيضاً في مجموعة القواعد التي قررتها محكمة التمييز في المدة من ١١-٧٢ إلى ١-١٠١ ص ٧٩-١٩٤ رقم ٤٠ .



النقضى مع نتيجة الفسخ ، بمعنى أن يكون قادراً من جهته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد <sup>(١)</sup> .

### ٣١٧- كيف يتقرر الفسخ :

الأصل فى الفسخ أنه يتقرر قضاء ، أى بحكم القاضى . ولكنه يقع بقوة القانون ، دون حاجة إلى أن ينشأه حكم القاضى ، إذا اتفق العاقدان على حصوله على هذا النحو . وهكذا ينقسم الفسخ . بالنسبة إلى طريقة وقوده ، إلى فسخ قضائى وفسخ قانونى أو اتفاق . ونتكلم فى هذين النوعين من الفسخ ، وذلك فيما يلى :

### ٣١٨- أولاً : الفسخ القضائى :

الأصل فى الفسخ أنه لا يتقرر إلا بحكم القاضى . فهو جزاء على إخلال المدين بالتزامه . والقاعدة فى الجزاء أنه لا يتوقع إلا من القاضى . ومن ثم فالأصل فى الفسخ أنه قضائى .

فجرد توافر شروط الفسخ لا يكفى لحصوله ، ولا يجوز لعاقد أن يتخذه ذريعة لإجرائه من تلقاء نفسه <sup>(٢)</sup> ، وإنما يلزمه أن يلجأ إلى القضاء ويطلب منه الحكم له به . وللقاضى من بعد سلطة رحمة الحدود فى إجابته إليه أو رفضه عنه ، كما سنبينه بعد قليل ، وذلك كله ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على حصول الفسخ بقوة القانون بمجرد الإخلال بالالتزام .

وإذا كان الأصل فى الفسخ أنه يتقرر بحكم القاضى ، إلا أنه ليس للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . وإنما يلزم لذلك أن يطلبه المتعاقد الذى حصل

---

(١) انظر ، فى شروط إجابة القاضى الدائن إلى طلبه فسخ العقد ، تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٦ السابقة الإشارة إليه . وقد عمد هذا الحكم إلى مرد شروط الفسخ القضائى على نحو تطلب فيه النزعة الفقهية .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٧/١/٢٤ ملن ٢٣/٧٨ ق مجموعة النقض س ٨ ص ٩٨ رقم ١١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « فسخ العقد لا يكون إلا نتيجة لاتفاق المصالحين عليه أو بصور حكم به . . . ولا يشع لأحد المصالحين فى الاتفاق بالفسخ قوله بقيام أسباب هى فى نظره مبررة لفسخ » .

الإخلال بحقه<sup>(١)</sup> ، وسواء في ذلك أن يكون طلبه إياه صريحاً أم ضمناً<sup>(٢)</sup> ..  
وهنا يتعين على القاضي ، قبل أن يحكم بالفسخ ، أن يتحقق من توافر  
كل الشروط التي سبق لنا بيانها . فإذا وجد أحدها متخلفاً ، تحم عليه أن  
يرفض الفسخ . أما إذا وجد أن شروط الفسخ متوافرة كلها ، ثبتت له  
مع ذلك سلطة تقديرية رحبة الحدود في إجابة المتعاقد إلى طلب الفسخ ،  
أو في رفضه ، أو في نظرة المدين إلى أجل يحدده ، على نحو ما سوف  
نفصله حالا .

### ٣١٩ - سلطة القاضي إزاء الفسخ القضائي :

رأينا منذ قليل أن للقاضي سلطة تقديرية رحبة الحدود إزاء الفسخ القضائي .  
وتتمثل سلطته هذه في مظهرين أساسيين ، هما الآتيان :

أولاً : للقاضي أن يمنع المدين أجلاً للوفاء بالالتزام الذي تقاعس عن  
أدائه ، إذا رأى أن الظروف تقتضيه ، كما إذا رأى أن ثمة أملاً في أن يفلح  
المدين في أداء دينه في وقت ليس ببعيد ، فينظره إلى ميسرة<sup>(٣)</sup> ، لعل الله  
يؤتيه من بعد عسر يسراً . وفي هذه الحالة ، لا يفسخ العقد ، إلا إذا انقضى  
الأجل الجديد من غير أن يني المدين بالتزامه<sup>(٤)</sup> . وللقاضي أن يمنع المدين .

---

(١) انظر تمييز الكويت ١٩٨٠/٦/٢٥ ، طعن رقم ٧٨/٥٠ تجاري .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/١٠/٢٠ طعن ٣٣/٣٨٤ ق مجموعة النقض ص ١٧ من ١٥٥٢ رقم ٢١٧ . وقد جاء في هذا الحكم أنه : « إذا كان المشتري قد طلب استرداد ما سجله من اثمن وبراءة فحته من السنة المهر بالباقي من هذا الثمن بسبب وجود عيب مخفى جسيم في المبيع ، فإنه يكون قد طلب ضمناً فسخ العقد . . . » .

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيني ( مجموعة الأعمال التمهينية ج ٢ ص ٣٢٧ ) . وقد جاء فيها : « أما إذا اختار (الدائن) الفسخ ، فلا يجبر القاضي على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظرة ، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء . بل ويجوز له أن ينقض بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تمويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه ، إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم في الالتزام .. » .

(٤) ويسير الفقه والتضاء في مجموعهما على أنه لا يجوز للقاضي ، في حالة طلب الفسخ ، أن يترخص في منح الأجل للمدين إلا مرة واحدة . فإذا نظره إلى ميسرة خلال أجل معين حدده ، ثم انقضى هذا الأجل ، من غير أن يني المدين بالتزامه ، ما ساء للقاضي أن يمهله إلى أجل آخر . =

نظرة الميسرة ، ولو لم يطلبها هذا منه <sup>(١)</sup> . إذ أن له أن يرفض الفسخ كلية ، ومن يملك الأكثر يملك الأقل . والقاضي ، في منح المدين نظرة الميسرة أو في رفضها عنه ، يترخص بسلطة تقديرية ، فالأمر من إطلاقاته بغير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما يقوم تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله <sup>(٢)</sup> .

على أن القضاء . وعلى رأسه محكمة النقض . مستقر على أنه لا يجوز منح المدين ، في سبيل تجنبه دعوى الفسخ ، نظرة الميسرة إلا مرة واحدة ، حيث يتحم على المدين دفع الدين ، الذي رفعت الدعوى نتيجة تقاعسه عن أدائه ، كاملاً <sup>(٣)</sup> ، خلال الأجل الممنوح له ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من

= بل إن العقد هنا يعتبر مفسوخاً ، بمجرد انتهاء ذلك الأجل دون وفاء بالالتزام ، حتى لو لم تصرح المحكمة في حكمها بذلك ( انظر : نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ ، مجموعة النقض س ١٨ رقم ١٣١ ص ٨٥٩ . وانظر كذلك نقض ٢٣ مايو ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٥٤ ص ٥١٠ ) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية عن المشروع التمهيلي ج ٢ ص ٢٢٧ .  
(٢) انظر : نقض ١٩٦٩/٢/١٣ طعن ٣٥/٢٣ في مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٣٢٥ رقم ٥٢ . وقد جاء في هذا الحكم أن منح المدين مهلة الوفاء بدينه أو رفض طلبها « مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية ، لأنه من الرخص التي ألتق الشارع فيها لقاضي الموضوع الخيار في أن يأخذ فيها بأحد وجهي الحكم في القانون حسب ما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه » . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٦٨/٥/١٦ طعن ٣٤/٣٠٤ في مجموعة النقض س ١٩ ص ٩٦٢ رقم ١٤٣ - نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ مجموعة النقض س ٨ ص ٥١٠ رقم ٥٤ .

(٣) وليس يلزم أن يكون الدين الذي يمنح القاضي المدين الأجل لوفائه محمداً بكل عناصره في قضائه بمنح الأجل ، طالما أنه محدد أو حتى قابل للتحديد في حقيقة الدعوى وما يكتلها من أوراقتها . انظر في ذلك : نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ مجموعة النقض س ٨ ص ٥١٠ رقم ٥٤ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بأنه « متى كان أصل الثمن وسعر فائضه مبينين في عقد البيع ، وكان البائع حين أقام دعواه قصرها على طلب فسخ العقد . . . ومع ذلك فقد استعملت المحكمة ( محكمة الموضوع ) بدورها سقها ... وأملت المشتري للوفاء بما بقي في ذمته بما هو محدد في عقد البيع فلم يفعل ، فإن القانون لا يلزم المحكمة ( محكمة الموضوع ) بأكثر من ذلك ، ولا يسمح لها بإعطائه أكثر من مهلة واحدة . وعلى ذلك فلا محل للنقض على الحكم ، إذ قضى بالفسخ ، بأنه لم يحدد الباقي في ذمة المشتري » . وانتهت المحكمة العليا إلى سلامة القضاء من محكمة الموضوع بفسخ عقد البيع لفوات مهلة الممنوحة للمشتري ، دون وفائه بباقي فوائد الثمن المستحقة عليه .

من تلقاء نفسه بمجرد فوات هذا الأجل . حتى ولو لم يتضمن الحكم النص على ذلك<sup>(١)</sup> .

ثانياً : والمظهر الثاني لسلطة القاضي التقديرية في مجال الفسخ يتركز في أن للقاضي أن يرفض الفسخ كلية ، برغم توافر كل شروطه التي بينهاها . ويكون له ذلك إذا كان ما لم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزامات التي ولدها العقد عليه في جملتها . كما إذا كان المشتري قد قعد عن الوفاء بجزء من الثمن . بعد أن كان قد دفع أغلبيه . أو كان العاقد قد وفي بكل الالتزامات الأساسية التي يفرضاها العقد عليه ، ولم يتعاسس إلا عن الوفاء بالتزام ثانوي<sup>(٢)</sup> .

---

(١) راجع في ذلك ما سبق ذكره في هامش (٤) ص ٦٢٦ . ويلاحظ أن قانوننا القديم ، تمسكاً مع حكم المادة ١٦٥٥ فرنسي ، تضمن في خصوص البيع نصاً يمنح جواز منح المدين في مجال تجنبه الفسخ ، نظرة الميسرة لا مرة واحدة ( المادة ٤١٤/٣٣٣ و ٤١٥ ) . وجاءت المادة ٦١٥ من المشروع التمهيلي بحكم مماثل في خصوص بيع العقار ، قاضية بدورها بأنه إذا لم يقطع المشتري الثمن خلال الأجل الممنوح من القاضي ، « وجب الحكم بفسخ البيع دون إظهار المشتري إلى أجل آخر » . وقد حذف هذا النص اعتباراً بأن حكمه مستفاد من القواعد العامة ( راجع مجموعة الأعمال التفسيرية ج ٤ ص ٤٦٥ في الهامش ) . وبرغم أن المادة ٢/١٥٧ لم تصرح بقصر منح القاضي نظرة الميسرة للمدين على مدة واحدة ، فإن القضاء يسير في هذا الاتجاه في شأن البيع وغيره من العقود . ويؤيده في ذلك الفقه ( انظر : السبوري ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٧٥ و ج ٤ نبذة ٤٠٩ - مجال الدين زكي ، المرجع السابق نبذة ٢١٦ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٣٧٤ ) .

ويلاحظ أن منح تكرار نظرة الميسرة مقصور على الحالة التي يرى فيها القاضي إصطحاباً للمدين ، بغية إتاحة الفرصة له في تجنب الفسخ . فلا يوجد ثمة ما يمنع من إصطاء هذه النظرة للمدين في دعوى الفسخ المرفوعة ضده ، حتى لو كان قد أعطى من قبل مهلة قضائية للوفاء بالتزامه الذي يؤسس الفسخ تأسيساً على التضامن من أدائه . فنظرة الميسرة التي تعطى للمدين تمكيناً له من أداء التزامه إعمالاً للمادة ٢/٣٤٦ ، لا تحول دون منحه نظرة جديدة بغية تجنبه دعوى الفسخ التي ترفع عليه فيما بعد تأسيساً على الإخلال بالتزامه نفسه إعمالاً للمادة ٢/١٥٧ . انظر : نقض فرنسي ١٩٢٩/١/٨ Gaz. Pal. ١٩٢٩/١/٨٧٧ . وانظر السبوري ، الوسيط ج ١ طبعه الثانيه ص ٨٠١ هامش (١) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا يحول دون إعمال القاضي السلطة المخولة له في منح المدين أجلاً للوفاء بالتزامه ، حتى يتجنب الفسخ ، أن يكون المالك قد أعلن هذا الأخير بوجوب الوفاء ، والا رجع دعوى الفسخ عليه .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٢/٤/١٠ ، مجموعة النقض ص ٣ ٩١٠ رقم ٣٢ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن شخصاً باع لأخر سيارة وسلمها له ، وظل المشتري يتنقض -

والسلطة التقديرية في الحكم بالفسخ أو برفضه برغم توافر شروطه ،  
هذه السلطة تثبت لقاضي الموضوع ، بدون معقب عليه في مباشرتها لمحكمة  
النقض<sup>(١)</sup> ، شريطة أن يقوم قضاؤه على أسباب سليمة تسوغه .

ويلاحظ أن الممول عليه هنا ، في إجراء التناسب بين ما وقي به المدين  
وما لم يوف به ، هو التزاماته كلها التي يفرضها العقد عليه . وليس فقط  
واحداً منها بعينه . فقد يتقاعس المدين تقاعساً كاملاً عن الوفاء بالتزام ثانوي  
من التزاماته ، ومع ذلك يجوز للقاضي أن يرفض الفسخ ، إذا اتضح له وفاء  
ذلك المدين بالتزاماته الأساسية أو حتى أغلبها .

ولا يقدح في سلامة هذا النظر أن تكون المادة ١٥٧ / ٢ قد جاءت .  
بصدد تحويل القاضي رخصة رفض الفسخ ، تقول : « إذا كان ما لم يوف به  
المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته » . فؤدى حرفية هذه العبارة  
أن يجري التناسب بين شطري الالتزام الواحد ، ما نفذ منه وما لم ينفذ .  
ومع ذلك فالرأى الذي تميزناه أولى بالاتباع إعمالاً لروح نظام الفسخ  
من وجهه ، وقياساً على المدلول الحرفي لنص المادة ١٥٧ / ٢ من وجه آخر<sup>(٢)</sup> .

وتحديد ما إذا كان الشيء الذي لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة إلى  
التزاماته في جملتها ، أو غير قليل ، مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع  
بتقديرها . دون ما تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض . طالما جاء تقديره  
مستنداً إلى أسباب معتبرة تسوغه .

والسلطة التقديرية المحولة لقاضي الموضوع في صدد الفسخ . والتي تقوم

---

بالسيارة زهاء ثلاث سنوات ونصف ، ثم رفع المشتري دعوى الفسخ تأسيساً على أن البائع أخل  
بالتزامه بنقل رخصة السيارة باسمه . قضت محكمة الموضوع برفض دعوى الفسخ تأسيساً على  
سببين ، يتحصل أولهما في أن عدم نقل رخصة السيارة باسم المشتري لم يكن تكوينا من البائع  
بالتزام جوهرى ، ويتحصل ثانيهما في أن البائع عرض نقل الرخصة للمشتري ، ولكن هذا  
الأخير لم يشأ أن يتعاون معه في إنجاز الإجراءات .

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/١١/١٥ طعن ٣٢/١٦٣ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٦٨٨  
رقم ٢٣٩ - نقض ١٩٦٥/٣/٢٥ طعن ٣٠/٣٦٣ ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٤١٣ رقم ٦٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٢/٤/١٥ ، مجموعة النقض س ٣ ص ٩١٠ رقم ١٣٢ .

على إمكان إعطاء المدين أجلاً للوفاء بالالتزام أو رفض الفسخ . هذه السلطة ليست متعلقة بالنظام العام . ومن ثم يجوز الاتفاق على حرمان القاضى منها ، بشرط أن يظهر بوضوح . ومن غير أدنى شك . أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليه .

### ٣٢٠ - ثانياً : الفسخ القانونى أو الاتفاق :

إذا كان الأصل فى الفسخ أنه لا يقع إلا بقضاء القاضى ، إلا أنه يجوز استثناء أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى حكم قضائى . أى بقوة القانون . وبمجرد حصول الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا هو ما يطلق عليه « الفسخ القانونى » ، اعتباراً بأنه يقع بقوة القانون ومن غير تدخل القضاء . كما أنه كثيراً ما يطلق عليه أيضاً « الفسخ الاتفاقى » . اعتباراً بأنه يحصل نتيجة الاتفاق عليه . ونحن إلى التسمية الأولى أميل . حتى لا يختلط الفسخ الذى نحن بصددده بالفسخ أو الإقالة .

وقد عرضت المادة ١٥٨ للفسخ القانونى أو الاتفاق قاضية بأنه : « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائى عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعنى من الإعذار . إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » .

فيلزم ، لوقوع الفسخ القانونى أو الاتفاق ، أن يشترطه العاقدان . بمعنى أن يتفقا على انفساح العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه وبغير حاجة إلى حكم القاضى . وذلك بمجرد حصول الإخلال بالالتزام ، شريطة أن تنصرف إرادتهما إلى تحقيق هذا الأثر على نحو قاطع وبغير شك أو لبس أو غموض . وإذا كان ذلك ، فلا أهمية بعده لأن يرد الشرط في عبارة أو في أخرى . فأية عبارة تصلح لأن تقيم الشرط القاضى بوقوع فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ، طالما أنها تدل على حقيقة حكمه ومضمونه على نحو يبين ينأى عن الشك والغموض <sup>(١)</sup> . بل إن الاتفاق على ذات الحكم

---

(١) انظر : نقض : ٢٨ أكتوبر ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ١٤٩

س ٩٤٣ - نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ ، مجموعة مخرج ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ .

الذى من شأن هذا الشرط أن يرتبه يكفى لاعتبار أن العقد يتضمنه . ولو لم يذكر هو بذات الفاظه (١) .

وقد جرى العمل ، وعلى الأخص في أحكام القضاء . وعلى رأسه محكمة النقض ، على أن يطلق على الشرط الذى نحن بصدد « الشرط الفاسخ الصريح » ، ليتقابل مع « الشرط الفاسخ الضمنى » . الذى يشيع بدوره ذكره في أحكام المحاكم كأساس للفسخ القضائى ، وهو قول بات غير سديد كما سبق لنا أن رأينا .

واستظهار وجود الشرط الفاسخ الصريح مناط بقاضى الموضوع . من غير معقب عليه في ذلك من محكمة النقض . طالما يجيء قضاؤه مؤسسا على أسباب سائغة من شأنها أن تقيمه (٢) . إذ أن الأمر يتعلق بالواقع . ويستبين من استقراء الأحكام أن القضاء يتشدد غاية التشدد في القول بوجود الشرط الفاسخ الصريح (٣) . وهو اتجاه منه سديد ، لما يتسم به هذا الشرط من

---

(١) انظر نقض ٢٨ أكتوبر ١٩٦٥ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم : « لا يشترط القانون ألفاظاً معينة لشرط الفاسخ الصريح . وعلى ذلك فإن النص في الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشرط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه ( في خصوصية الدعوى التى صدر فيها الحكم لم يرد في العقد الشرط الفاسخ الصريح بلفظه ، ولكن محكمة الموضوع استخلصت تواجده من اتفاق الطرفين في عقد بيع على التزام المشتري برد ما أخذه من الثمن بمجرد الإغلال بتسليم المبيع وبدون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ، اعتباراً بأن ذلك الأثر لا يترتب إلا على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . وأقرت المحكمة العليا محكمة الموضوع على ما ذهبت إليه ) . وانظر أيضاً : نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ السابقة الإشارة إليه - نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ طعن ٤١/٣٧٠ مجموعة النقض من ٢٧ ص ٥١٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه « وإذا كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة لشرط الفاسخ الصريح ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص هذا المعنى بقوله . . . وهو استخلاص موضوع سائق تحمله عبارة العقد وتؤدى إليه ، فإنه لا سبيل لمكة النقض على محكمة الموضوع في هذا التفسير الذى لا مخالفة فيه للقانون » .

(٣) انظر في هذا الاتجاه : نقض ١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة أحكام النقض من ١ ص ٣٧٣ رقم ٩٤ . وقد جاء في هذا الحكم أن النص في عقد البيع على أنه « في حالة تأخير سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشتري حقا مكتسبا له - ذلك ليس إلا ترديدا لشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون في القصور الملزمة للبايعين » .

خطورة بالغة بالنسبة إلى أثره في إزالة العقد بقوة القانون وبمجرد الإخلال بالالتزام وفي رفع السلطة التقديرية عن قاضي الموضوع .

وينبغي دوماً تفسير الشرط الفاسخ الصريح ، عند القول بوجوده والاعتداد به . تفسيراً ضيقاً . لأنه يتمثل استثناء من الأصل العام ، الذي مؤداه خضوع الفسخ لسلطة قاضي الموضوع التقديرية . والاستثناء لا يتوسع في تفسيره . ومن هذا المنطلق ، فإن العقد لا يعتبر مفسوخاً بقوة القانون ، إلا إذا ظهر للقاضي على نحو يقيني قاطع أن المتعاقدين قد أرادا بالفعل منع سلطته التقديرية التي يخوله إياها القانون .

وإذا قام الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذي يتطلبه القانون ، فإنه

= والنظر نقض ١٢/١٩٥٠ ، مجموعة النقض س ١ ص ١٧٧ رقم ٥١ . وقد جاء في هذا الحكم أن الاتفاق على اعتبار عقد الصلح لاغياً إذا أعلنت المشتري بشروطه لا يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً ، ولا يعلو أن يكون ترديداً لشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين .

والنظر نقض ٩/١٩٧٣ ملن ٢٧/٤٩١ مجموعة النقض س ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٠ . وقد جاء في هذا الحكم أن النص في عقد البيع على أنه « إذا لم يدفع باق الثمن في المدة المحددة يعتبر العقد لاغياً » يعتبر مجرد ترديد لشرط الفاسخ الضمني ولا يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً ، وأنه إذا كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد رأت ، في حدود سلطتها التقديرية ، ألا تقضي بالفسخ استناداً إلى الشرط الفاسخ الضمني الوارد بالعقد ، لمساتبته من أن الباقي من الثمن قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة ، فلها لا تكون قد خالفت القانون .

وانظر كذلك في نفس الاتجاه : نقض ٢٠/٤/١٩٦٧ مجموعة النقض س ١٨ ص ٨٥٩ رقم ١٣١ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « يلزم في الشرط الفاسخ الصريح الذي يسلب المحكمة كل سلطة في تقدير أسباب الفسخ أن تكون صيغته قاطعة في الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول مخالفة الموجبة له » . وخلص الحكم ، تطبيقاً للمبدأ السابق الذي قرره ، إلى أن « النص في عقد الصلح على أنه إذا تأخر المدين عن الوفاء بقسط من أقساط الدين ، حلت باق الأقساط فوراً دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ... فضلاً عن اعتبار الصلح كأن لم يكن واستعادة الدائن حقه في التنفيذ بالدين المحكوم به بأكمله ، هذا النص لا يفيد اتفاق الطرفين على اعتبار الصلح مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة التأخر في دفع أحد الأقساط ، وإنما كل ما يفيد هو سقوط أجل الوفاء بالأقساط ... عنه التأخر في دفع قسط منها . أما النص على اعتبار الصلح كأن لم يكن في هذه الحالة فليس إلا ترديد لشرط الفاسخ الضمني المقرر بحكم القانون في العقود الملزمة للجانبين » .



يلزم لإعماله ، ولا اعتبار الفسخ بالتالى أنه قد وقع بقوة القانون ، إلى جانب الشروط العامة في الفسخ والتي سبق لنا بيانها <sup>(١)</sup> . أن يثبت الإخلال بالالتزام على وجه رسمى ، أى أن يكون الدائن قد أعذر مدينته ، بعد حلول أجل دينه ، بوجوب الوفاء ، وبزعم ذلك فقد هذا الأخير عن الوفاء به . من غير أن يكون له سند من القانون يحوله الامتناع عن هذا الوفاء <sup>(٢)</sup> . وهكذا فالاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبقوة القانون بمجرد الإخلال بالالتزام لا يفي عن الإعذار .

وهكذا فليس من شأن الشرط الفاسخ الصريح - عند وجوده والاعتداد به قانوناً - أن يؤدي إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون بمجرد أن يحل أجل الالتزام ويتقاعس المدين عن الوفاء به . بل يلزم أن يكون المدين قد أعذر من الدائن بوجوب هذا الوفاء ، واستمر تقاعسه عن أدائه إلى ما بعد اعذاره بوقت معقول ، ينحصر تقديره لقاضى الموضوع <sup>(٣)</sup> .

بيد أن الإعذار ليس لازماً دائماً هنا . إذ أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا حتى على الإعفاء منه . فإن فعلاً . اعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون . أى من تلقاء نفسه . ودون حاجة إلى أن يهدر به حكم من القضاء ، وذلك بمجرد ثبوت عدم الوفاء بالالتزام في ميعاده ، ومن غير ضرورة إلى سبق إعذار المدين بوجوب الوفاء بالتزامه . على أنه يلزم هنا . وفقاً لما جاء في المادة ١٥٨ . أن يكون الاتفاق الذى يقضى بالإعفاء من الإعذار صريحاً قاطعاً في الدلالة على مقصوده ، بغير شك أو غموض . فلا يكتفى أن يستخلص هذا الاتفاق دلالة من الظروف . وإذا قام شك في تفسير الشرط الذى يستهدفه ، وجب

---

(١) راجع ما سبق ، نبله ٣١٦ .

(٢) انظر نقض مصرى ١٩/١٩٦٧ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٤٣ السابقة الإشارة إليه . وقد رفض هذا الحكم أعمال الشرط الفاسخ الصريح في عقد بيع ، تأسيساً على أن المشتري ، وإن لم يرفع قسط الثمن في ميعاده ، إلا أنه كان يحق له ذلك إعمالاً لمق في الحبس .

(٣) حل أن الأعذار لا يكون ضرورياً هنا في الحالات التى يقتض فيها القانون بعدم لزومه لثبوت التقصير على المدين بوجه عام (تراجع المادة ٢٢٠) ، كما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، أو صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

تفسير هذا الشك على النحو الذى يقضى بعدم حصول الاتفاق على الإعفاء من الإعذار .

وإذا كان من شأن الشرط الفاسخ الصريح - عند إعماله والاعتداد به - أن يفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ومن غير حاجة إلى حكم القاضى وذلك عند إخلال المدين بالتزامه بعد إعذاره - بل ومن غير حاجة إلى هذا الإعذار عند الاتفاق على الإعفاء منه - ، فإن هذا لا يعنى ، بطبيعة الحال ، أن ترتفع رقابة القضاء بالكلية . فالشرط الأساسى لوقوع الفسخ ، هنا أيضاً ، هو حصول إخلال المدين بالتزام بعد إعذاره . والقضاء هو السلطة الوحيدة التى تقدر ما إذا كان هذا الإخلال قد وقع أم لا : بعد أن يكون قد تحقق أولاً من تواجد الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذى يقضى به القانون <sup>(١)</sup> . وعلى ذلك ، فإن ثار خلاف حول ما إذا كان المدين قد أحل بالتزامه بعد إعذاره أم أنه لم يفعل . وجب رفع الأمر للقاضى . وليس للقاضى هنا إلا سلطة التثبت من وجود الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذى يقضى به القانون ، ومن حصول إخلال المدين بالتزامه بعد إعذاره . فإذا تحقق له هذا الأمر وذاك ، تعين عليه وجوباً أن يقضى باعتبار العقد مفسوخاً <sup>(٢)</sup> ، وذلك من تاريخ حصول الإخلال بالتزام <sup>(٣)</sup> ، ولو

---

(١) انظر نقض ١٩٧٠/١١/٢٦ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ١١٨١ رقم ١٩٣ . وقد جاء فى هذا الحكم : « لئن كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند الإخلال<sup>١</sup> بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية في صدق الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شرط الفسخ بالاتفاق ووجوب إعماله ، ذلك لأن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله ، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد ، أو كان الدائن هو الذى تسبب بحفظه في عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ في حالة توافر شروطه ، تتجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ، فلا يبنى الدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى . . . » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/١٠/١٨ طعن ٣٢/٢٧ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٥٢٦ رقم ٢١٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « إذا اتفق الطرفان في عقد البيع على أن الفسخ يقع في حالة تأخر المشتري عن دفع الثمن في الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو إنذار ، فإن هذا -

كان هذا الإخلال جزئياً<sup>(١)</sup>. ففي الحالة التي نحن بصدددها ، لا يفعل القاضى أكثر من تقدير أمر واقع ، حدث من قبل . فهو هنا يقرر أن الفسخ قد وقع ، دون أن ينشأ . وفي هذا يتخالف دور القاضى مع دوره في خصوص الفسخ القضائى ، حيث إنه ، بالنسبة إلى هذا النوع الأخير من الفسخ ، ينشئ القاضى ، بالحكم الذى يصدره ، الفسخ ، ومن تاريخ صدوره حكمه<sup>(٢)</sup> .

وغنى عن البيان أن إفادة الدائن من الشرط الفاسخ الصريح ، عند وجوده ، لا يعدو أن يكون مجرد أمر يترخص له بمقتضى القانون . فلا يوجد

الشرط الفاسخ الصريح على ما جرى به قضاء محكمة النقض - يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية في هذا الصدد ، بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخاً إلا أن تتحقق فعلاً من المخالفة التى يترتب عليها الفسخ . فلا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل ببناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ قد حصل بالفعل ببناء على دفع من البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشتري . وذلك على خلاف ما إذا كان العقد لا يتضمن إلا شرطاً فاسخاً ضمنياً . فهذا الشرط لا يستوجب الفسخ حتماً ، وبالتالي فإن الفسخ بموجبه لا يقع تلقائياً : انظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٤٠/١/١٢ ، بمجموعة محرر من ٥٤٠ رقم ١٩٢ . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٧/١/١١ . طعن ٥٧٩/٤٣ في مجموعة النقض من ٢٨ ص ٢١٧ رقم ٤٩ .

(٣) فإعمال الشرط الفاسخ الصريح ، إن أدى إلى فسخ العقد بقوة القانون ، فهو يؤدى إلى ذلك من ذات الوقت الذى يحدث فيه الإخلال بالالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم على وجه الخصوص في العقود المستمرة ، اعتباراً بأن الفسخ فيها لا يكون بأثر رجعى ، فهو يكون بالنسبة إلى المستقبل فقط . وهكذا فانفساخ الإيجار ، مثلاً ، إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح ، كفسخه بحكم القاضى ، لا يؤدى إلى انحلاله إلا بالنسبة للمستقبل . وعلى ذلك فما يستحق التوجيه في مقابل منفعة المين المؤجرة يتمثل في الأجرة المتفق عليها من 'لمدة السابقة' بإعمال الشرط الفاسخ ، ولكنه يتحدد بالقيمة السوقية للمنفعة من المدة اللاحقة لذلك ، تأسيساً على الإثراء بدون سبب . انظر في ذلك : نقض ١٩٧٧/١/١١ السابقة الإشارة إليه .

(١) على أنه إذا كان الإخلال الجزئى بالالتزام بالغ في بساطته ، بحيث يتمثل التمسك بفسخ العقد نتيجة له تنافياً مع شرف التعامل وحسن النية أو إساءة لاستعمال الحق ، فإن العقد لا يتفسخ ، إعمالاً للمادة ١٤٨ والمادة ٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٩/٧/٣ طعن ٣٥٠/٣٦٦ في مجموعة النقض من ٢٠ ص ١١١٨ رقم ١٧٢ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالاً لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدعى ، لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح في العقد ، فإن هذا القضاء يكون منشأً للفسخ لا مقررأ له » .

بالتالى ثمة ما يمنع الدائن من أن يزول عن الإفادة من ذلك الشرط ، و التمسك .  
نتيجة ذلك باعتبار العقد قائماً لم ينحل<sup>(١)</sup> . و الزول عن الإفادة من الشرط  
الفاسخ كما يحصل صريحاً ، يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، كما إذا  
استوفى الدائن حقه ولو جزئياً بعد سبق حصول الإخلال به من المدين ..  
ثم إن الدائن الذى يحصل الإخلال بالالتزام اضراً به هو وحده الذى  
يحق له التمسك بإعمال الشرط الفاسخ ، واعتبار العقد بالتالى مفسوخاً بقوة  
القانون . فليس للمدين أن يتمسك به . وليس للقاضى أن يعمل من تلقاء  
نفسه .

### ٣٢١ - الزول عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح :

رأينا ، فيما سبق ، أن الفسخ القانونى أو الاتفاقى ، كما يغلب أن يسمى .  
والذى مؤداه أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبقوة القانون وبغير  
حاجة إلى حكم القاضى ، بمجرد الإخلال بالالتزام بعد الإعذار ، رأينا  
أن هذا النوع من الفسخ لا يقع إلا عند الاتفاق عليه على نحو يقضى قاطع ،  
وهو الاتفاق الذى جرت العادة على تسميته بالشرط الفاسخ الصريح .  
كما أننا رأينا أن الشرط الفاسخ الصريح لا يتجاوز في أثره أن يمنع  
الدائن مجرد رخصة في أن يتمسك بإعذار العقد إذا ما أراده . دون أن يسلبه  
حقه الأصيل في التمسك بالعقد ، إذا رآه لنفسه أفضل .

والشرط الفاسخ الصريح وما يترتب من اعتبار الفسخ حاصلًا بقوة  
القانون ، بمجرد الإخلال من المدين بالتزامه . باعتبار أنه يحول الدائن الرخصة  
في إعذار العقد ، يمكن له أن يرد الزول عنه ممن يقرر له القانون الإفادة منه .  
وهكذا فالزول من الدائن عن الشرط الفاسخ الصريح الذى يتضمنه عقده .  
يحرمه من الإفادة من أثره ، وسواء في ذلك أن يأتى هذا الزول صراحة ،  
أم يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، ومع ملاحظة أن الزول عن الحق  
لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه .

---

(١) راجع في ذلك : عبد الحى حجازى ، على خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة :  
العلوم القانونية والإقتصادية ص ١ - وانظر أيضاً : السهورى ، الوسيط ج ١ نوبة ٤٨٣ .

ولا صعوبة في النزول عن الإفادة من الشرط الفاسخ الصريح ، إذا جاء هذا النزول بدوره صريحاً . ولكن الصعوبة قد تثور في شأن النزول الضمني عن ذاك الشرط ، بالنسبة إلى استخلاص تواجد من عدمه . وهى من بعد صعوبة تتعلق بالواقع ، والأمر فيها مناط بقاضى الموضوع ، دون ما تعقيب عليه في ذلك من محكمة النقض ، طالما يجيء قضاؤه مبنياً على أسباب معتبرة تسوغه . وكل ما يفرضه القانون على قاضى الموضوع في هذا الخصوص هو ألا يقول بالنزول عن الشرط ، إلا إذا ثبت له تواجده على نحو يقينى قاطع ، وأنه عند الشك يتحتم عليه القضاء بعدم وجوده . وما ذلك إلا إعمالاً للقاعدة الأساسية التى تقضى بأن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما من شأنه أن يؤدى إليه .

وثمة أمر أول لا صعوبة فيه بالنسبة إلى النزول الضمنى عن الشرط الفاسخ الصريح . وقد وصل القضاء إليه في سهولة ويسر . ومؤدى هذا الأمر أن مطالبة الدائن مدينة بالوفاء بالتزامه ، بل وإعذاره بوجوب هذا الوفاء ، لا يعتبر مجردة وذاته نزولاً عن الشرط الفاسخ الصريح ، حتى لو خلت المطالبة من ذكر الدائن أنه ينوى التمسك بالشرط عند عدم الاستجابة إليها . ذلك لأن مطالبة الدائن مدينة بالوفاء عند حلول الأجل ، بل ضرورة مجبئها في شكل الإعذار ، تمثل بذاتها أمراً لازماً لإعمال الشرط الفاسخ ، لا يقع بدونها<sup>(١)</sup> . وأكثر مما سبق ، ذهبت محكمة النقض في أحد أحكامها إلى أن رفع الدعوى بالالتزام لا يعتبر بذاته نزولاً عن التمسك بالشرط الفاسخ نتيجة الاخلال به هو نفسه<sup>(٢)</sup> . وهو قول محل للنظر ، ويصعب تبريره في الحقيقة<sup>(٣)</sup> . وذهبت

(١) انظر في هذا الاتجاه : السهورى الوسيط ج ١ بند ٤٨٣ . وانظر أيضاً : نفس مدى ١٩٤٨/١٢/٢٣ ، مجموعة مسرج ٥ رقم ٦٥٣ ص ٦٨٨ - استئناف القاهرة ١٢/٢/١٩٢٨ ، المجموعة الرسمية س ٢٩ رقم ١٠١٢٦ .

(٢) انظر نفس ١٩٤٥/١/١٨ ، صادر في الطعن رقم ١٤/٥٢ ق ، القواعد القانونية لمحة النقض في ٢٥ س ٢ ص ٧٥٣ بند ١٣٠ . وقد جاء في هذا الحكم ما يلي : « إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا عالت المستأجر أى شرط من شروطه ، ففطوهر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء وله الحق في تسلمه العين الموجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب =

محكمة العليا إلى أن المطالبة القضائية بالأجرة عن مدة معلومة لا يتمثل تنازلاً<sup>١</sup> ضمناً عن الشرط الفاسخ الصريح في صدد عدم الوفاء بالأجرة عن مدة أخرى<sup>(١)</sup> . وهو قضاء سليم نرى الأخذ به ، ما لم تتكرر المطالبة القضائية بالأجرة مرات كثيرة على نحو يمكن للقاضي أن يستخلص منه قصد المؤجر في التنازل عن الشرط . وما قلناه في شأن المطالبة بالأجرة في عقد الإيجار يمكن أن يؤخذ به في العقود الأخرى إذا ما تماثلت الظروف ، وعلى الأخص

---

= القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ ، ولا يثبت له ، لاعتبار الفسخ حاصلاً ، إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التي يترتب عليها . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة في دعوى سابقة هو قول مردود . لأن التنازل الفسخي عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنها قصد بها التنازل عنه ، وليس في المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التي يترتب الفسخ على التأخير في دفعها . وانظر في نفس الاتجاه : نفوس ١٩٧٧/١/١١ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٢١٧ رقم ٤٩ . وقد قضى هذا الحكم بأن استصدار المؤجر أمر أداء بالأجرة ضد المستأجر عن الفترة اللاحقة لاعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بتحقيق الشرط الفاسخ الصريح لا يفيد التنازل عن الفسخ .

(٣) وقضاء النقض المشار إليه في الهامش السابق سليم تماماً من حيث إرساء الأساس الذي يقوم عليه الزول الفسخي عن الشرط الفاسخ ، ومؤداه أن التنازل الفسخي لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك في أنه قصد بها أن يكون . ولكن تطبيق هذا الأساس في خصوصية الدعوى التي صدر فيها الحكم جاء غير سليم . ذلك لأن رفع الدعوى بالالتزام يقتضي بالضرورة التسليم من رافعها بقيام العقد ، حتى يمكن له أن يترتب الالتزام الذي رفعت الدعوى به . وهذا يتمثل رفع الدعوى تنازلاً ضمناً عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح بالنسبة إلى ذات الالتزام الذي ترفع الدعوى بالمطالبة به . فيخلاف ما جاء في حكم النقض ، يوجد تعارض واضح بين التمسك بمحصول الفسخ بقوة القانون وبين المطالبة القضائية بالالتزام الذي يراد لفسخه أن يقع نتيجة الإخلال به .

(١) انظر نقض ٣ مارس ١٩٧٣ مجموعة النقض س ٢١ قاعدة رقم ٦٣ ص ٣٨٩ . وقد جاء في هذا الحكم : « إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المظنون فيه هو أن عدم تمسك المؤجر باعتبار العقد مفسوخاً طبعاً للشرط الفاسخ صريح في ستة مئة لا يمنع من التمسك به في ستة قالية ، وأن قبولها الأجرة متأخرة عن موعد استحقاقها مرة . . . ليس من شأنه أن يمسد تنازلاً من جانبها عن التمسك بالشرط السالف الذكر إذا ما تأخر المستأجر في السداد بعد ذلك ، فإن هذا الحكم يمد استخلاصاً سائفاً يؤدي إلى ما انتهى إليه ، ويكون النتي عليه بالفساد في الاستدلال في هذا الخصوص على غير أساس » .

في صدد عقد البيع عند المطالبة القضائية ببعض أقسامه ، حيث لا تعتبر هذه المطالبة ، على سبيل الزوم والحتم ، تنازلاً ضمناً عن الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأقسام الأخرى .

### ٣٣٢ - أثر الفسخ :

حددنا فيما سبق ، مجال الفسخ ، وبيننا شروطه ، وأبرزنا كيفية حصوله . والفرض الآن أن فسخ العقد قد وقع بالفعل ، إما بحكم القاضى . كما هو الأصل ، وإما بقوة القانون ، نتيجة الاتفاق بين طرفى العقد على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه ، وبغير حاجة إلى حكم القاضى . بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه . والمطلوب الآن هو بيان أثر الفسخ عند حصوله .

ويتركز أثر الفسخ في انحلال العقد ، أى في زواله . والأصل أن العقد هنا يزول ، لا للمستقبل فحسب ، بل للماضى أيضاً . وهكذا يعتبر العقد الذى يتقرر فسخه كأن لم يكن أبداً . على أن هذا الأصل ليس مطلقاً . إذ أنه يرد عليه الاستثناء في خصوص العقود الزمنية أو المستمرة ، وفي خصوص ما تقتضيه الحماية التى يضيفها القانون على الغير حسن النية . على نحو ما سوف نعرض له بعد قليل .

للفسخ ، كأصل عام ، أثر رجعى يرتد إلى تاريخ إبرام العقد . وهو في هذا يتشابه مع الإبطال ، وإن كان الشبه ليس تاماً . حيث إن الفسخ ، بخلاف الإبطال ، لا يكون له أثر رجعى في العقود المستمرة ، على نحو ما سوف نذكره بعد قليل <sup>(١)</sup> .

وإذا كان مؤدى الفسخ انحلال العقد بأثر رجعى واعتبار أنه لم يتم أصلاً ، وجب إعادة العاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد . فإذا لم يكن ذلك متيسراً ، وجب الحكم بأداء معادل . وفي ذلك تقضى المادة ١٦٠ بأنه : « إذا فسخ العقد » أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » .

فإذا فسخ البيع ، مثلاً ، وكان المشتري قد تسلم المبيع ، والبائع قد استوفى جزءاً من الثمن ، وجب على المشتري رد المبيع ، كما لزم البائع

---

(١) راجع ما سبق ، نة ٣١٢ .

رد ما أخذه من الثمن<sup>(١)</sup> . فإذا تعذر على أحد العاقلين بفعله رد ما سبق له أن استوفاه من غريمه ، كما إذا كان المشتري قد تصرف في المبيع أو استهلكه ، সাخ للقاضي أن يحكم عليه بأداء معادل لما تصرف فيه أو استهلكه .

### ٣٢٣ - أثر الفسخ في العقود المستمرة :

إذا كان الأصل في الفسخ أنه يزيل العقد بأثر رجعي ، شأنه في ذلك شأن البطلان ، إلا أنه يرد عليه ، في هذا المجال ، استثناء هام بالنسبة إلى العقود المستمرة أو الزمنية أو عقود المدة كما يطلق عليها في بعض الأحيان ، وهي تلك التي من شأنها أن تستمر فترة من الزمن في إنتاج التزامات متجددة : كمعقد الإيجار<sup>(٢)</sup> وعقد العمل وعقد التوريد وعقد الشركة<sup>(٣)</sup> . ففي هذا النوع من العقود ، لا يكون للفسخ أثر إلا بالنسبة للمستقبل ، ولا يمس ما

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ ، طعن ٤٥٨ / ٤٠ ق مجموعة النقض ص ٢٧ ص ١٤٦٧ رقم ٢٧٨ . وقد جاء في هذا الحكم أن « مفاد نص المادة ١٦٥ مدف أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعي منه نشوء ، ويحتر كإن لم يكن ، ويهد كل شيء إلى ما كان عليه من قبل . وبالتالي فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة إلى البائع ، وأن يرد هذا الأخير ما قبضه من الثمن » .

وانظر نقض ١٩٧٤/١٢/٣ طعن ٣٩/٢٠٥ ق مجموعة النقض ص ٢٥ ص ١٣١٥ رقم ٢٢٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن فسخ البيع بعد انحلال البائع بتسليم البضاعة يترتب عليه التزامه برد ما قبضه من الثمن ، دون أن يقتطع منه ما انفقه لأعداد البضاعة للتصدير .

(٢) وهكذا ففسخ الإيجار ، مثلا ، لا يزيله إلا للمستقبل . أما بالنسبة إلى ما تم من آثاره في الماضي ، فهي لا تمس . فالأجرة التي استحقها المؤجر من المدة السابقة ، تبقى له . وهي تبقى له على أساس أنها أجرة ، لا على أساس أنها تمويض . ويترتب ذلك أنها تبقى مضمونة بامتياز مؤجر العقار .

(٣) انظر في خصوص فسخ عقد الشركة : نقض ١٩٦٩/٦/١٢ طعن ٢٨٧ / ٣٥ ق مجموعة النقض ص ٢٠ ص ٩٢٩ رقم ١٤٨ . وقد جاء في هذا الحكم أنه « إذا حكم القاضي بفسخ عقد الشركة ، فإن هذا الفسخ خلافا للقواعد العامة في الفسخ لا يكون له أثر رجعي ، إنما تنحل الشركة بالنسبة إلى المستقبل . أما قيامها وإحلالها في الماضي فإنها لا تتأثر بالحل ، وبالتالي فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة في المادة ١٦٥ من القانون المدني ، والتي توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد في حالة فسخه ، بما يقتضي أن يرد كل ضما ما تسلمه من الآخر تنفيذاً للعقد ، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وقسمها بالطريقة المبينة في العقد . . . » .



تم من آثاره في الماضي<sup>(١)</sup> . ويطلق على فسخ العقد هنا اصطلاح « إلغاء العقد résiliation » ، تمييزاً له عن الفسخ العادي ، أي ذلك الذي يزيل العقد للماضي والمستقبل على حد سواء<sup>(٢)</sup> و «<sup>(٣)</sup>» .

### ٣١٤ - جواز الحكم بالتعويض مع الفسخ :-

رأينا أن الفسخ يمثل جزاء قوياً على إخلال العاقد بالتزامه . يجعل القانون زمامه بيد العاقد الآخر الذي يحصل الإخلال بالالتزام إضراراً به . وإن كان ذلك تحت هيمنة القاضي وتقديره ، في الحدود التي رسمناها .

ومن شأن الفسخ : كما رأينا ، أن يعتبر العقد كأن لم يكن في العقود الفورية ، وأنه ينهي العقد للمستقبل بالنسبة للعقود المستمرة . فإن كان في إنتاج الفسخ أثره هذا ما يكفي العاقد الذي حصل الإخلال بحقه ، قنع به . فان لم يكن فيه ما يكفي ، بأن لم يرفع عنه كل الضرر الذي لحقه من جراء الإخلال بحقه ، كان له ، إلى جانب الفسخ ، أن يطلب من القاضي الحكم له

---

(١) انظر نقض ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة النقض ص ٣٠ ٤٩١ رقم ٩٥ . وقد جاء في هذا الحكم أن العقود المستمرة كالإيجار لا يكون لفسخها أثر رجعي . فهي تعتبر مفسوخة من وقت الحكم النهائي بالفسخ ، لا قبله .

(٢) وقصر أثر الفسخ في العقود المستمرة على المستقبل دون الماضي له ما يبرره . فلزمن ، في صدد هذا النوع من العقود ، أهمية في تحديد مدى ما يؤدي من الالتزامات الناشئة عنها . فإذا استمر العقد فترة من الزمن ثم قضي بفسخه ، فإن ذلك لا يمنع من أن العقد أنتج بالفعل آثاراً في الماضي تستلزم إزالتها ، ويكون من المصلحة الإبقاء عليها . وإذا كان الفسخ هنا يختلف عن الإبطال ، فلهذا الاختلاف ما يبرره . إذ الإبطال يقوم على خلل وقع في ذات تكوين العقد ، ومواده أن العقد لم يبرم أصلاً . أما الفسخ فوفاً أن العقد قام صحيحاً وأنتج بالفعل آثاره . فان تقرر بعد ذلك فسخه كجزاء للإخلال بالالتزامات الناشئة عنه ، فن المقذور عليه أن يقصر أثره على البعض من مدة سريانه ، دون البعض الآخر .

(٣) ويلاحظ أن حلم سريان أثر الفسخ في العقود المستمرة على الماضي يتنقذ بالحكمة التي أدت إليه والتي أشرنا إليها في الهامش السابق ، وهي تمذر ازالة ما تم من أثر العقد في الماضي . أما إذا أمكن إزالة أثر العقد المستمر ، فإن القاعدة العامة في رجعية أثر الفسخ تنطبق . وقد أخذت محكمة النقض بهذه الفكرة في فسخ إيجار حين انحلت مكاناً لمباشرة التجارة ، ثم باع لمستأجر أهل التجارى بالجلك ، وبعد ذلك قضى بالفسخ ، فلم يجعل لهذا البيع أثراً في مواجهة المؤجر ( نقض ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة النقض ص ٣٠ ٤٩١ وقد سبقنا الإشارة إليه ) .

بتعويض يتناسب في مقداره مع الضرر الذى انتابه . وهكذا فالفسخ لا يجزئ  
عن التعويض عند لزومه . وفى ذلك تقضى المادة ١/١٥٧ بأنه عند اخلال  
أحد المتعاقدين بالالتزام الذى يولده عليه العقد ، فانه يجوز للمتعاقد الآخر  
بعد إعداده أن يطالبه « بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين  
إن كان له مقتضى » .

### ٣٢٥ - التخالف مع الأحكام العامة في الفسخ :

بينما سبق القواعد التى تحكم نظام الفسخ بالنسبة إلى مجال إعماله وأساسه  
وشروطه وكيفية إيقاعه بحكم القاضى ، أى بمقتضى ما يطلق عليه « الشرط  
الفاسخ الضمنى » أو نتيجة الاتفاق على وقوعه بقوة القانون ، أى بمقتضى  
ما يطلق عليه « الشرط الفاسخ الصريح » . وكل ما قلناه في خصوص ما سبق  
يتمثل الأصل العام في الفسخ أو القواعد العامة التى تحكمه . وليس يوجد  
بطبيعة الحال ثمة ما يمنع من مخالفة ذلك الأصل العام بنص خاص يتضمنه  
القانون في شأن أمر معين . فإن وجد مثل هذا النص ، تعين إعمال حكمه ،  
مع ملاحظة عدم التوسع في تفسيره ، اعتباراً بأنه يتخالف مع الأصل العام .

ومن أهم صور التخالف التشريعى للقواعد العامة في الفسخ ما يتعلق  
بإعمال الشرط الفاسخ الصريح في نطاق إيجار الأماكن ، وبوقوع الفسخ  
بقوة القانون دون حاجة إلى اشتراطه في بيع العروض . وتتناول هاتين  
الصورتين بشيء من الإيضاح ، وذلك فيما يلى :

### ٣٢٦ - مدى إعمال الشرط الفاسخ الصريح في إيجار الأماكن :

اختلف الفكر القانونى فقها وقضاء حول إعمال الشرط الفاسخ الصريح  
في عقود إيجار الأماكن ، إذا ما تضمنته بنودها . ويرجع سبب هذا الاختلاف  
إلى ما جاء به التشريع الإيجارى الخاص من تحديد للحالات التى يميز فيها  
القانون للمؤجر إخلاء العين المؤجرة من مستأجرها ، دون أن يكون من بينها  
إعمال الشرط الذى نحن بصددده . وثار التساؤل حاداً عنيفاً حول ما إذا كانت

اسباب الإخلاء التي أوردتها النص المذكورة فيه على سبيل الحصر ، فلا يعمل من ثم بالشرط الفاسخ الصريح ، برغم تضمن العقد إياه ، اعتباراً بأن من شأنه أن يؤدي إلى إنهاء الإيجار ، وبالتالي إلى إخلاء المستأجر من العين ، بل إلى طرده منها ، أم أن أسباب الإخلاء ليست واردة في النص على سبيل الحصر ، أو هي ، على الأقل ، لا تتعلق إلا بالامتداد القانوني للإيجار . بمعنى أنها تتمثل مجرد قيود على حصول هذا الامتداد . فلا تمس الأسباب التي تقضي بها القواعد القانونية العامة لإنهاء الإيجار غير ما تعلق منها بانقضاءه بفوات مدته . ومن بينها أعمال الشرط الفاسخ الصريح .

ولا يتسع المقام هنا للخوض في المسألة السابقة ، فحلها المؤلفات التي تناول أحكام إيجار الأماكن <sup>(١)</sup> . ويكفي هنا أن نبرز ما جاءت به المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أنه : « ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير في سداد الأجرة إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ في مواجهة المستأجر » . وقد كان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن يتضمن نفس الحكم في المادة ٣١ منه الملغاة .

ومؤدى النص السابق أن الشرط الفاسخ الصريح الذي تتضمنه عقود إيجار الأماكن ، في خصوص التقاعس عن أداء الأجرة ، لا يقع باطلاً ، بل إنه يتعين إعماله ، ويجوز للقضاء المستعجل أن يحكم بطرد المستأجر من العين تنفيذاً له . كل ما هنالك هو أن إعمال هذا الشرط لا يكون هنا منطلقاً كما هو الشأن وفقاً للقواعد العامة ، وإنما يتقيد بإلقاء أثره إذا ما حكم القاضي

---

(١) راجع في هذا الموضوع : سليمان مرقس ، إيجار الأماكن طبعة ١٩٨٢ نبذة ١٧٣ - وانظر من أحكام التقض : تقض ١٩٨٠/٣/٥ ، طعن ٥٦٥ / ٤٩ ق مجلة القضاء عدد يناير ابريل ١٩٨١ ص ٢٨٠ - تقض ١٩٧٩/٦/٣٠ طعن ٧٠٢ / ٤٦ ق مجموعة التقض س ٣٠ ص ٢٩٧ رقم ٣٣٥ .

المستعجل بطرد المستأجر إعمالاً له ، ثم جاء المستأجر ، عند تنفيذ هذا الحكم ، في مواجهته ، وسدد ما عليه من الأجرة والمصروفات والأتعاب . بل إن تقييد إعمال الشرط الفاسخ في الحدود التي بينها لا يقدم بالدوام . إذ أنه يرتفع ، ويتعين على القاضى إعمال أثر الشرط ، إذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره في الوفاء بالأجرة دون مبررات تقدرها المحكمة ( المادة ١٨ / ٤ من القانون رقم ١٣٦ / ١٩٨١ ) .

والنص السابق أبعد ما يكون عن حسن صناعة التشريع وهفتصيات . فنه . فهو لا يعرض إلا لحالة تنفيذ حكم الطرد من القضاء المستعجل ، دون حالة إعمال الشرط الفاسخ الصريح والحكم بالإخلاء على أساسه من قاضى الموضوع . ثم إنه لا يعرض إلا للشرط السابق عند إخلال المستأجر بالتزامه بدفع الأجرة ، دون أن يعرض لأثره عندما يتمثل جزاء على إخلال المستأجر بغير ذلك من التزاماته . كالتزامه بعدم التأجير من الباطن وبعدم التنازل عن الإيجار ، وكالتزامه بعدم إجراء تغيير في العين المؤجرة . والتزامه بإجراء الترميمات التأجيرية . ومن شأن هذا النص أن يثير الجدل حول مسائل عديدة ، اجتزأنا هنا بسرء بعضها ، دون أن يتسع لنا المقام للخوض فيها .

### ٣٢٧- وقوع الفسخ بقوة القانون في بيع العروض :

الأصل العام أن عقد البيع يخضع للقواعد العامة في الفسخ . شأنه في ذلك شأن غيره من كافة العقود . بيد أن المشرع خص حالة معينة من حالات البيوع بحكم متميز . وهذه هى حالة بيع العروض وغيرها من المنقولات . عندما يتفق فيه على دفع الثمن وتسلم المبيع في تاريخ تال لإبرامه . ففي هذه الحالة ، إذا تقاعس المشتري عن دفع الثمن في ميعاده المضروب ، يترخص للبائع أن يعتبر البيع مفسوخاً بقوة القانون<sup>(١)</sup> . بمجرد حصول هذا التقاعس . ومن غير حاجة أيضاً إلى سبق الاتفاق بين طرفى العقد على وقوع هذا النوع من الفسخ ، أى من

---

(١) واعتبار البيع هنا مفسوخاً بقوة القانون مجرد رخصة للبائع ، فلذا الأخير الحق . في أن يعتبر البيع مفسوخاً إذا أراد ، ولكنه لا يجبر عليه .

غير حاجة إلى ما يطلق عليه الشرط الفاسخ الصريح . وفي ذلك تقضى المادة ٤٦١ بأنه : « في بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى ائذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » .

ففي الحالة التي نحن بصدددها . يقع التخالف مع القواعد العامة في الفسخ في ناحيتين أساسيتين . فمن ناحية أولى ، يقع الفسخ بقوة القانون من غير حاجة إلى سبق الاتفاق على وقوعه على هذا النحو . أى من غير حاجة إلى الشرط الفاسخ الصريح . ومن ناحية ثانية . يقع الفسخ القانوني بمجرد عدم دفع المشتري الثمن في الميعاد المحدد ، من غير حاجة إلى سبق ائذاره بوجوب دفعه . ولو لم يكن قد اتفق على الإعفاء من الإئذار .

ولإعمال حكم المادة ٤٦١ . يلزم توافر شروط معينة . وإذا لم يكن هنا مجال تفصيل تلك الشروط ، حيث إن محل المؤلفات التي تعالج أحكام عقد البيع <sup>(١)</sup> ، فإننا نجتزئ بإجمالها . وهي تتركز في كون المبيع من العروض أى من السلع وغيرها من المنقولات المشابهة . وفي وجوب أن يكون البيع متضمناً للاتفاق على ارجاء دفع الثمن وتسلم المبيع إلى تاريخ تال لإبرامه . وأن يتقاعس المشتري عن دفع الثمن عند حلول أجله .

### ٣٢٨ - حماية الغير حسن النية من نتائج الفسخ :

عرفنا مما سبق أنه يترتب على الفسخ ، سواء أوقع بحكم القاضي ، أم بقوة القانون إعمالاً لاتفاق بين العاقدین يقضى بذلك ، اعتبار العقد كأن لم يتم أصلاً ، وبالتالي وجوب إرجاع العاقدین إلى الحالة التي كانوا عليها عند إبرامه . ولا جدال أن هذا الأمر يتسم بخطورة بالغة . فلزالة ما تنفذ بالفعل من آثار عقد ليس أمراً سهلاً في الكثير من الحالات .

(١) راجع في تفصيل نسخ بيع العروض وغيرها من المنقولات إعمالاً للمادة ٤٦١ : السهوري ، الوسيط ج ٤ - نية ٤١٦ - مؤلفنا ، محاضرات في العقود ج ٢ عقد البيع ليلة ٢٨٤ .

وتزداد هذه الخطورة حدة ، إذا كان من شأن أثر الفسخ أن يرتد إلى الغير . ويحصل ذلك على وجه الخصوص ، إذا كان العقد ناقلاً للملك ، ثم جاء المتصرف إليه فتصرف بدوره في الشيء إلى شخص ثالث ، وبعد ذلك فسخ العقد . والمثال القذ لهذه الحالة هو عقد البيع الذي يتقرر فسخه بعد أن يكون المشتري قد تصرف بدوره في المبيع ، كما إذا كان قد باعه إلى مشتر ثان ، أو رهنه . فإذا قضى بفسخ البيع ، في هذه الحالة ، وأعلننا أثر الفسخ على إطلاقه ، لوجب أن نرجع المبيع إلى البائع الأصلي . واعتبار البيع الثاني أو الرهن ، واقعين من شخص لم يملك المبيع في يوم من الأيام ، أي يعتبر التصرف صادراً من الغير ، فلا يسرى في حق المالك الأصلي ما لم يقره . وهكذا نرى أن أثر الفسخ لا يقف بالضرورة عند العاقلين نفسيهما . بل هو قد يتجاوزهما إلى الغير .

وإذا كان من شأن أثر الفسخ أن يرتد إلى غير العاقلين ممن يكونون قد تعاملوا معهم بصدد الشيء المعقود عليه ، فهناك من هؤلاء الغير من يكون جديراً بالحماية والرعاية . وهؤلاء هم الغير حسنو النية . ونقصدهم أولئك الذين تعاملوا بصدد المعقود عليه ، وهم غير عالمين بما يتهدد عقدهم من أسباب الزوال والانحلال . ومن بينها الفسخ . وما كان في مقدورهم أن يعلموا بها . يبذل الجهد المعقول .

والقانون ، بالفعل ، لا يترك هؤلاء الغير حسنى النية ، بدون حماية : فهو يقيهم من أثر الفسخ ، الذي قد يكون بالغ القسوة بالنسبة إليهم . وهو إذا عجنهم هذا الأثر . يضحى في سبيل ذلك . بمصلحة طالب الفسخ ، بل . ويمتنع نظام الفسخ نفسه . ولكنه يعمد إلى ذلك ، تحقيقاً لغاية أسمى وأهم . لا تقتصر على الغير حسنى النية وحدهم ، بل تتجاوزهم إلى حماية الصالح العام . كله ، بالعمل على صيانة الثقة المشروعة ، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى استقرار المعاملات وازدهارها .

وحماية الغير حسنى النية من أثر الفسخ مكفولة ، في حدود معينة ، سواء .

أورد العقد على المنقول أو على العقار<sup>(١)</sup> . ولكن الأساس القانوني لتلك الحماية ومداها مختلفان باختلافهما . وقد سبق لنا أن عرضنا لمبدأ حماية الغير حسنى النية من أثر إبطال العقد . والحكم بصدد الفسخ لا يتغير . ومن ثم نجتزئ هنا بالاحالة على ما قلناه بصدد إبطال العقد<sup>(٢)</sup> .

### نظرية الفسخ في الفقه الإسلامى .

٣٨٩ - اصطلاح « الفسخ » كثير الشيوخ في لغة الفقه الإسلامى . ومع ذلك ، فهو لا يعرف نظام الفسخ ، على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، أى باعتباره جزاء يترتب لمصلحة أحد العاقدين ، على إخلال العاقد الآخر بالتزاماته ، ويقوم على فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة التى يفرضها العقد على طرفيه .

فإخلال أحد العاقد بالتزاماته ، تحت ظل الفقه الإسلامى . لا يمنع العاقد الآخر الخيار بين طلب تنفيذ هذا الالتزام جبراً وبين طلب فسخ العقد ، كناية عن ذلك القانون المعاصر . فهو لا يخوله إلا الحق فى إجباره على الوفاء بالالتزام . فإذا تعلل عليه الوصول إلى حقه ، يبق له إلا الرجوع على غريمه بالضمان ، أى بالتعويض . وهكذا فالفسخ في الفقه الإسلامى ، لا يتمثل جزاء عن الإخلال بالتزام . وهو في ذلك يغير القانون المعاصر في أمراستى هام ، ليقترب من القانون الرومانى .

وإذا قلنا إن نظام الفسخ غير معروف في الفقه الإسلامى ، فإننا نغنى بذلك الفسخ كمجزأ قانونى يتوقع تأسيساً على مجرد الإخلال بالتزام ، ومن غير ضرورة لاشتراط حصوله في العقد ، على نحو ما يقضى به قانوننا المصرى وغيره من القوانين المعاصرة الأخرى . أما الفسخ كنتيجة لإعمال شرط يتضمنه العقد عند الإخلال بالتزام ، فهو معروف في الفقه الإسلامى . فلا يوجد في الفقه الإسلامى ، ثمة ما يمنع من أن يتفق الطرفان على فسخ العقد ،

(١) انظر في حماية المشتري حسن النية من الفسخ : نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مجموعة النقض ص ١٤٣ رقم ٣٦ . وقد قضى هذا الحكم بأن الحكم الصادر بفسخ عقد بيع عقار في دعوى لم تسجل مريضها لا يسرى في حق الغير حسنى النية التى اكتسب حقاً حينئذ على العقار .

(٢) راجع ما سبق ، مجلة ٢٤٤ .

إذا أخل أحدهما بما يفرضه العقد عليه من التزامات . وهذا هو مؤدى النظام . المعروف تحت اصطلاح « خيار النقد » . ومؤدى « خيار النقد » أن يتفق المتبايعان على أن يؤدي المشتري الثمن خلال مدة معينة <sup>(١)</sup> ، وإنه إذا لم يؤديه . خلالها ينفسخ العقد .

وقد أقرت « المحلة » خيار النقد . فجاءت المادة ٣١٣ منها ، بصدد البيع ، تقضى بأنه : « إذا تبايعا ، على أن يؤدي المشتري الثمن في وقت كذا ، وإن لم يؤديه فلا بيع بينهما ، صح البيع . وهذا يقال له خيار النقد » . فوفقا لهذا النص ، يسوغ أن يتضمن عقد البيع شرطا يقضى بفسخه ، إذا لم يؤدي المشتري الثمن في الوقت المعين له . وكل ما يلزم لإعمال « خيار النقد » ، تحت ظل « المحلة » أن يتفق عليه ، وأن تكون مدة دفع الثمن محددة ، وإن لم يلزم أن تنقيد بفترة الثلاثة أيام ، على خلاف الرأي الراجح في الفقه الحنفى .

وحكم « خيار النقد » ، تحت ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، أنه إذا لم يؤدي المشتري الثمن خلال الميعاد المتفق عليه ، فإن البيع لا يفسخ ، بمفهوم هذا الاصطلاح في فقه القانون المعاصر ، ولكنه يصير فاسدا ، بمفهوم العقد الفاسد في الفقه الحنفى . والذي سبق لنا أن حددناه عند الكلام في نظرية البطلان في الفقه الإسلامى <sup>(٢)</sup> . وفي ذلك تقضى المادة ٣١٤ مجلة بأنه : « إذا لم يؤدي المشتري الثمن في المدة المعينة ، كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا » .

وهكذا يختلف أثر « خيار النقد » في الفقه الحنفى عن مؤدى نظام الفسخ في القانون المعاصر عامة ، وفي قانوننا المصرى خاصة ، حتى في الحالة التى يتفق فيها على اعتبار العقد مفسوخا عند الإخلال بالالتزام ، أى حتى في حالة

---

(١) وفقاً للرأى الراجح في الفقه الحنفى ، لا يصح خيار النقد إلا إذا قيد الأجل المحدد . لفتح الثمن بفترة لا تتجاوز ثلاثة أيام . وفي هذا يقضى « مرشد الخيران » بأنه : « إذا اشترط المتبايعان في عقد البيع أن المشتري لم يؤدي الثمن إلى ثلاثة أيام صح البيع والشرط . فإن أدى المشتري الثمن في المدة المعينة ، لزم البيع . وإن لم يؤديه في المدة المعينة ، أو مات في انتهائها قبل أداء الثمن ، نسد البيع » . وقد جاء محمد ، صاحب أبي حنيفة ، يطلق هذا الأجل ، قائلا بأن خيار مالنقد يصح ، ولو زاد حل ثلاثة أيام . وقد تبنت « المحلة » رأى محمد ( أنظر سليم رسم باز ، شرح المحلة ، في تعليقه حل المادة ٣١٣ ) .

(٢) راجع ما سبق ، تيلة ٢٥٥ وما بعدها .



الفسخ الذى يقع بقوة القانون ، عند الاتفاق عليه . ففى حين أنه يترتب على الاختلال بالالتزام ، عند الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا ، فى ظل القانون المعاصر ، زوال هذا العقد بمجرد حصول هذا الاختلال . فانه لا يترتب عليه ، فى ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، أكثر من أن يصير العقد فاسدا . وإذا كان مؤدى صيرورة العقد فاسدا هنا أن يثبت للبائع خيار فسخ العقد ، وبالتالى استرداد المبيع . إلا أن حقه فى هذا الاسترداد يمتنع ، إذا كان المشتري قد قبض المبيع ، ثم تصرف فيه ، بأن باعه ، مثلاً ، أو وهبه . أو استهلكه أو زاد فيه شيئا من ماله . ففى هذه الحالة ، تزول عن البائع رخصة الفسخ ، ولا يبق له إلا أن يطالب المشتري بقيمة المبيع . وليس بشئ<sup>(١)</sup> .

خلاصة كل ما سبق . أن الفقه الإسلامى لا يعرف نظام الفسخ . باعتباره جزءا يترتب على الاختلال بالالتزام ، يحكم به القاضى ، دون حاجة إلى اشتراطه فى العقد .

ويلاحظ ، مع ذلك . أن نظام « الفسخ » . باعتبار أنه يخول لأحد العاقدين أو لكليهما سبيل التخلص من العقد بعد قيامه ، دون أن يكون بالضرورة جزءا عن الاختلال بالالتزام ؛ يلاحظ أن نظام الفسخ منظورا إليه على هذا الاعتبار معروف فى الفقه الإسلامى . بل أن الفقه الإسلامى يتوسع إلى حد كبير فى تقرير هذا الحكم . ويرده إلى أسباب شتى متنوعة . كثيرا ، بل غالبا ، ما ترجع إلى ذات تكوين العقد ، وليس فقط إلى الاختلال بتنفيذه . ويمكننا رد هذه الأسباب إلى أمرين أساسيين ، هما الآتيان :

- ١ - وجود خلل فى تكوين العقد ، وعلى الأخص ما تعلق منه بالمعقود عليه . وهنا يختلط الفسخ بالبطالان . ونستطيع أن ندرج ، تحت هذا الباب ، خيار الوصف وخيار الرؤية ، وخيار العيب وخيار الغبن والتفريط .
- ٢ - تضمن العقد شرطا يمنع أحد العاقدين أو كليهما رخصة فسخ العقد . ويندرج تحت هذا الباب ، خيار الشرط ، وخيار النقد .

(١) انظر فى ذلك شرح المجلة لسليم رستم باز ، فى التعليل على المادة ٣١٤ ، وراجع ما سبق لنا أن قلنا فى صدد فساد العقد فى الفقه الحنفى .

## الفصل الثاني

### انفساخ العقد

٣٣٥ - تكلمنا ، فيما سبق ، في فسخ العقد ، وتبين لنا أن مواده أن يخل أحد العاقدين بالتزاماته ، فيترخص للعاقد الآخر ، جزاء هذا الإخلال ، أن يطلب فك الرابطة العقدية ، حتى يتحلل هو بدوره من التزاماته . فالفسخ جزاء خطأ أحد العاقدين ، الذي يتمثل في إخلاله بالتزامه .

يبد أن عدم الوفاء بالتزام لا يحدث بالضرورة نتيجة خطأ المدين . فقد يصبح هذا الوفاء مستحيلا ، لسبب أجنبي ليس للمدين يد فيه . ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع أحد المنتجين النهائيين على أن يمثل في رواية ، ثم يموت أو يمرض مرضاً يحول بينه وبين أن يؤدي دوره في مياعده . ومثال ذلك أيضا أن يؤثر شخص لآخر داره ، ويلتزم بالتالي بتمكينه من الانتفاع بها ، ثم تهدم هذه الدار يزوال ، أو تنزع ملكيتها للمنفعة العامة<sup>(١)</sup> ، فيستحيل على المؤجر الوفاء بالتزامه .

وفي كل حالة يصبح فيها الوفاء بالتزام مستحيلا لسبب أجنبي عن المدين ، بمعنى أنه لا يعزى إلى خطأ منه ، فإن الالتزامات المقابلة على المتعاقد الآخر تزول بدورها ، وبقوة القانون . فيزول ، في مثالنا الأول السابق ، التزام المنتج بدفع الأجر . والعلة في ذلك واضحة . إذ أن المنتج ، في مثالنا الأول ، قد تحمّل بالتزام بدفع أجر الممثل ، بغية حصوله على أداء هذا

---

(١) انظر : نقض ١٩٨٢/٤/٢٢ طعن ١٩٨٩/٢٠٨ ق ، الهاماة س ٦٢ ع ٧ و ٨ ص ٢١ . وقد جاء في هذا الحكم أن نزع ملكية المين المؤجرة للمنفعة العامة يد هلاكاً كلياً لها يترتب عليه انفساخ عقد الإيجار بحكم القانون ومن تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام أهل لسبب أجنبي . وانظر في نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٤/١١/١٢ مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٢١٣ - نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ ، مجموعة النقض ١٩٦٧/٥/٢٥ مجموعة النقض س ١٨ ص ١١٢٩ رقم ١٦٧ .

الأخير دوره . أما وقد استحال على الممثل أداء دوره ، فلم يعد لالتزام المنتج بدفع الأجر سبب ، وتعين أن يزول بدوره . وكذلك الشأن تماماً في مثالنا الثاني . ويقال في مثل حالتنا ، إن العقد ينفسخ . وهكذا يظهر الفارق واضحاً بين الفسخ ، الذى هو جزء لإخلال المدين بالتزامه ، وبين الانفساخ الذى يجرى نتيجة كون التزام أحد العاقدين قد أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي عنه ، لا يد له فيه .

كما سبق بين أن الانفساخ سبب لانحلال العقد ، متميز عن الفسخ ، يقع عندما يصبح التزام أحد العاقدين مستحيلاً ، لسبب أجنبي عنه ، لا يد له فيه . وقد عرضت المادة ١٥٩ للانفساخ بقولها : « في العقود الملزمة للجانبين ، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

وسوف نتناول الانفساخ من حيث شروطه وأثره ، وذلك فيما يلى :

### ٣٣١ - شروط الانفساخ :

تتركز الشروط اللازمة توافرها لوقوع الانفساخ في أن يصبح أداء التزام العاقد ، بعد قيام العقد ، مستحيلاً استحالة كاملة ، ولسبب أجنبي عنه لا يد له فيه . وتفصيل ذلك أنه يلزم ، لانفساخ العقد ، توافر الشروط الأربعة الآتية :

١ - يلزم في الأساس أن يصير التزام العاقد مستحيلاً ، بمعنى أن يصبح تنفيذه غير ممكن . والمقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة الموضوعية المطلقة التى تتعلق بالالتزام فى ذاته ومن حيث هو ، وليست الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه ، شأن الاستحالة هنا ، شأن الاستحالة المبتدأة التى تكون عند إبرام العقد ، والتى تؤدى ، كما رأينا فى حينه ، إلى بطلانه . وعدم قيامه أصلاً .

وإذا قلنا إنه يلزم لانفساخ العقد ، أن يصير التزام أحد العاقدين مستحيلاً استحالة موضوعية ، فإننا نغنى بذلك أن يصبح أدائه غير ممكن أصلاً ودائماً ..

فلا يكفي أن يتعذر أداء الالتزام إلى حين ، إن كان من شأنه أن يصير ممكناً بعد فواته . فالمانع المؤقت من تنفيذ الالتزام لا ينهض سبباً للانقضاء<sup>(١)</sup> ، إنما ينهض سبباً لوقفه ولإرجاء تنفيذ الالتزام الناشئة عنه فحسب<sup>(٢)</sup> .

٢ - يلزم أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام ناشئة في تاريخ لاحق لقيام العقد . فإذا كانت تلك الاستحالة قائمة عند إبرام العقد ، فإن هذا العقد لا يفسخ . ولكنه لا ينقصد أصلاً . أى يقع باطلاً ، لاستحالة محله ، على نحو ما سبق لنا بيانه عند الكلام في المحل<sup>(٣)</sup> .

٣ - يلزم أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة . فإذا كانت جزئية ، فإن الانقضاء لا يقع ، وإنما يثبت للدائن الخيار بين أن يطلب الفسخ أو التنفيذ العيني لما بقي ممكناً من محل الالتزام . والاستحالة الجزئية التي تحول دون وقوع الانقضاء ، وإنما تنهض فقط مجرد سبب يحول العاقد الخيار بين أن يطلب فسخ العقد وبين أن يتمسك بتنفيذه في حدود ما بقي ممكناً ؛ هذه الاستحالة الجزئية يمكن أن تعتبر متوافرة بالنسبة إلى التزام بعينه من التزامات المدين ، كما إذا تهدم جزء من المنزل المبيع ، ويمكن أيضاً أن تعتبر متوافرة

(١) انظر : نفى ١٩٦٢/١٢/٣٠ طعن ٢٧/٢٠١ مجموعة النفى س ١٣ ص ١١٥٩ رقم ١٨٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن أرضاً بيعت ، ثم وضعتها الدولة تحت التحفظ ، بمطلة أنها من أموال أسرة محمد علي ( وهي الأموال التي تقررت من قيادة الثورة مصادرتها ) ، ثم رفع هذا التحفظ لثبوت عدم صدق المطلة . رفع الباعون على المشتري دعوى يطالبونه فيها بتأجير الأرض المبيعة طوال مدة التحفظ ، تأسيساً على انقطاع الملاقة التصاقية خلالها ، مما يحولم الحق في الثمار إعمالاً لقواعد الإثراء بلا سبب . قضت محكمة الموضوع برفض دعوى البائعين . وباركت محكمة النفى هذا القضاء قائلة : إنه : « يبين من وقائع هذه الدعوى أن وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ ... لم يكن سوى طارئ عارض ترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين ، ولم يتخفف عن استحالة قانونية دائمة تفضي إلى انقضاء تلك الالتزامات ، بل مجرد استحالة مؤقتة . وبزوال هذا الطارئ تستأنف الالتزامات الموجبة سيرها . ولا يكون لهذا الطارئ من أثر على قيام العقد في فترة التحفظ ، ومن ثم فإن العقد هو الذي يحكم الملاقة بين الطرفين » .

(٢) راجع في ذلك : عبد الحى حجازي في رسالته عن عقد المدة ص ١٥٤ - جبال الدين زكي ، المرجع السابق فقرة ٢٢٦ .

(٣) راجع ما سبق ، فقرة ١٩٦ .

بالنسبة إلى التزامات المدين في جملتها ، بمعنى أن يصير التزام من التزاماته التي يرتبها العقد في ذمته مستحيل التنفيذ ، دون الالتزامات الأخرى .

٤ - ويلزم ، في النهاية ، أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة لسبب أجنبي عن المدين ، لا يد له فيه ، كما إذا كانت ناشئة نتيجة قوة القاهرة أو فعل الدائن أو فعل الغير . فإذا كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب يعزى إلى المدين ، فإن العقد لا يفسخ ، ويبقى التزامه قائماً ، وإن استحاله إلى تعريض لتعذر الوصول إلى تنفيذه حيناً .

هذه هي الشروط الأربعة التي تلزم لانفساخ العقد . وتوافرها يكفي . ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كانت استحالة أداء الالتزام هي استحالة مادية . كما إذا مات الممثل قبل أداء دوره في الرواية ، أو مات المريض قبل أن يباشر الطبيب علاجه ، أو تهدمت الدار المؤجرة بزلزال ، أو كانت تلك الاستحالة قانونية <sup>(١)</sup> ، كما إذا ألزم المحامي برفع استئناف عن حكم معين . ثم صدر قانون يجعل هذا الحكم غير قابل للاستئناف .

---

(١) حل أن تقدير الاستحالة القانونية لأداء الالتزام الذي يرتب عليها انقضاؤه وانفساخ العقد الذي أنشأه ، يعتبر من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، بخلاف تقدير الاستحالة المادية الذي يدخل في رحاب الواقع ويكون القاضي الموضوع في شأنه القول الفصل ، طالما انبنى حل أسباب سائفة من شأنها أن تحصله . راجع في ذلك نقض ١٩٦٢/١١/١ ملن ٢٧/٢٧ في مجموعة النقض س ١٣ ص ٩٤٨ رقم ١٤٣ . وتركز وقائع الدعوى التي صدر فيها الحكم في أن ناظر وقف البدرأوى ( مصطفى النحاس باشا ) اتفق مع محام على مباشرة قضاياها نظير مرتب شهري لمدة ثلاث سنوات . ثم يتحول النظر بعد ذلك إلى وزارة الأوقاف ، حالة كون الوزير قد سبق له أن أصدر قراراً بقيام الهيئة القضائية لوزارة مباشرة قضايا الأوقاف التي تتولى النظر عليها . تمسكت وزارة الأوقاف بانفساخ عقد المحامي ، تأسيساً على استحالة تنفيذ التزامه بقوة القاهرة ، هي صدور تشريع يمنه من المرافعة بالوكالة عن الوزارة . محكمة الموضوع تستجيب إلى طلب الوزارة ، وتقضى بانفساخ العقد . ولكن محكمة النقض تنقض الحكم ، تأسيساً على أن قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٤٦ المستند إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ ، وإن كان قد ناط بالهيئة القضائية للوزارة تمثيلها في القضايا ، إلا أنه لم يحظر حل الوزارة أن تمهد بقضاياها إلى غيرها . وتستورد محكمة العليا قائلة : « وإذ جرى قضاء الحكم المطعون فيه على غير هذا النظر ، وكانت استحالة تنفيذ الالتزام التي تقوم على أسباب قانونية من مسائل القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقض ، فإنه يكون مخالفاً للقانون مستوجباً نقضه » . وانظر في نفس الاتجاه : السهوى ، الرسيط ج ٣ نبذة ٥٨٧ .

### ٣٣٢ - هلاك محل الالتزام مخلفاً ورائه شيئاً آخر :

هالك محل الالتزام يجعل أداء الالتزام بذاته مستحيلاً ، الأمر الذى أنبنى عليه الحكم العام المنصوص عليه فى المادة ١٥٩ والقاضى بانفساخ العقد ، شريطة أن يكون ذلك الهلاك راجعاً إلى سبب أجنبى عن المدين بطبيعة الحال .

ولاصعوبة فى الأمر إذا لم يخلف الهالك شيئاً ورائه ، كما إذا اشترى شخص سلعة ثم احترقت بكاملها قبل أن يتسلمها من البائع . فالهلاك هنا كلى ، إذ افترض أنه لم يبق ولم يذر ، واستحالة التنفيذ ترد على الترام البائع بالتسليم فى هموله ، فلا يكون للعقد بعد ذلك قيام .

ولكن ما الحكم إذا هلك محل الالتزام مخلفاً ورائه شيئاً آخر أو حقاً ؟ ما الحكم ، مثلاً ، إذا تهدم المنزل المبيع أو احترق ، قبل تسليمه إلى المشتري أو قبل انتقال ملكيته إليه لعدم التسجيل ، وخلف ورائه أنقاضاً أو حقاً فى التمويض أو فى مبلغ تأمين ، هل يفسخ البيع حتى فى هذه الحالة ، أو هل يفسخ على وجه العموم والشمول ؟ وما الحكم إذا نزع ملكية العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع . واستحق عن ذلك مقابل الاستهلاك ، هل يفسخ البيع هنا دائماً وفى كل الأحوال ؟

لم تثر هذه المسألة فى الفكر القانونى المصرى لافقها ولا قضاء ، وسارت أحكام المحاكم ، وعلى رأسها محكمة النقض ، على القضاء بوقوع الانفساخ فى الحالة التى نحن بصدددها ، تأسيساً على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبى عن المدين<sup>(١)</sup> ، دون أن تتطرق أصلاً إلى البحث عما إذا كان هلاك الشيء

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٤/٥ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٨٥ (وقد قضى هذا الحكم بانفساخ بيع أرض زراعية بسبب استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته نتيجة استيلاء الدولة على أراضي الأجانب) - نقض ١٩٧٢/٤/٥ طعن ١٩٩/١٩٩ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٩٠٩ رقم ١٥٦ - نقض ١٩٧٤/١١/٢١ طعن ٣٩/٥٦٨ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٢٦٦ رقم ٢١٥ - نقض ١٩٦٩/٣/١٣ طعن ٣٥/١٨٥ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٤٣٢ رقم ٧٠ - نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ طعن ٣٤/٢١٧ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ٣٤٥ رقم ٥٣ (وقد قضت الأحكام الأربعة الأخيرة بانفساخ عقد بيع أراضي زراعية تأسيساً على استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب استيلاء الدولة على الأرض المجاعة إعمالاً لقانون الإصلاح الزراعى) -

الذى أدى إلى استحالة التنفيذ قد خلف وراءه شيئاً أم لم يخلف . ويرجع السبب في هذا السلوك من قضائنا إلى أن الشيء أو الحق الذى خلفه هلاك محل الالتزام . في الدعاوى التى عرضت عليه . لم يصل من الأهمية إلى حد أن يسعى الدائن إلى أن يستأثر به بديلاً عن الشيء الذى ورد التزامه في الأصل عليه . فيعترض على حصول الانفساخ . ولكن المسألة ثارت في الكويت . في حالة نزع ملكية العقار المبيع قبل تسجيل البيع . بسبب أن الدولة هناك تدفع مقابل مبيعاً للاستملاك . بحيث جرت عادة الكويتيين إلى أن يسعوا هم لدى السلطات في أن تستملك أراضيهم . وقد ثارت تلك المسألة في خصوص تحديد من يثبت له مقابل استملاك العقار المبيع بعقد غير مسجل . أهو المشتري أم البائع . وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بانفساخ البيع في الحالة التي نحن بصدها . وبأحقية البائع في مقابل الاستملاك تأسيساً عليه . وذلك برغم أن المشتري كان قد تمسك بعلم الانفساخ . قانعاً بمقابل الاستملاك ومكتفياً به بدل العقار المشتري<sup>(١)</sup> .

ومفتاح المسألة التي نحن بصدها يكمن في تحديد ما إذا كان التزام المدين يتمثل مستحلاً من عدمه . فاستحالة أداء الالتزام هي مناط الانفساخ وأساسه . فهي التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام الذي طرأت عليه . وانقضاء الالتزام المقابل له في ذمة الطرف الآخر بالتبعية . فيتفرغ العقد من مضمونه فيزول أى ينفسخ . والعمدة في ذلك هي بإرادة الدائن . وليست بإرادة المدين وحدها . فإذا أصر الدائن على أن يستوفي حقه على نحو ما جاء في الأصل عليه . وكان من شأن هلاك محل الالتزام أن يحول بينه وبين الوصول

---

= نقض ١٩٧٤/٦/٩ طعن ٣٨/٤٢٤ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٠٢٧ رقم ١٦٩ ( وقد قضى هذا الحكم بانفساخ بيع مضرب أرز تأسيساً على استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب التأميم ) - نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ طعن ٣٤/١٨٢ ق مجموعة الأحكام النقض س ١٩ ص ١٥٦٥ رقم ٢٣٩ ( وقد قضى الحكم بانفساخ بيع ملحق لاستحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب التأميم ) .

(١) تمييز الكويت ١٩٨١/١/٢٨ ، طعن ١٩٧٩/١٢٢ تجارى ( حكم لم ينشر بعد ) .

وراجع نقضنا لهذا الحكم في مؤلفنا : مصادر الالتزام في القانون الكويتي - نظرية العقد ص ٦١٥

إلى مبتغاه . اعتبر أداء الالتزام مستحيلا وانفسخ العقد . أما إذا ارتضى الدائن أن يأخذ ما خلفه هلاك محل الالتزام استيفاء لحقه . فلا يمكن أن يقبل من المدين قوله إن التزامه بات مستحيلا . وأن العقد بالتالي قد انفسخ . فإذا نزع ملكية الأرض المبيعة : مثلا . قبل تسجيل عقد البيع : وقنع المشتري : في سبيل استيفائه حقوقه المترتبة عن البيع : بمقابل الاستملاك ، فإنه يقتضى مع منطوق القانون وروحه أن يجيء البائع بعد ذلك وبحاج بصيرة التزامه بالعمل على نقل الملكية مستحيلا ، وبانفساخ البيع نتيجة ذلك ، ليصل فى النهاية إلى أن يستأثر بمقابل نزع الملكية دون المشتري . وكذلك الشأن إذا هلك العقار المبيع : واستحق عن هلاكه تعويض أو تأمين ، وقنع المشتري بهذا أو بذاك .

فنظام الانفساخ يستهدف رفع العنت والخرج عن المدين : بإعفائه من أداء التزام فرضه العقد عليه ، ثم بات مستحيلا لسبب أجنبي عنه لا يلد له فيه . وحيثما يقع الدائن ، في سبيل استيفاء حقه : بما خلفه الهلاك وراؤه من شيء أو حق ، لا يكون ثمة عنت أو خرج على المدين فى أداء التزامه . فترفع المحكمة من تقرير الانفساخ . والقول يغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى أن يصبر هلاك محل الالتزام . ونعمة وبركة للمدين على حساب دائته . وليس مجرد أمر يزيل عنه العنت والخرج . وتمشيا مع هذه الفكرة جاءت المادة ١٣٠٣ فرنسي تقضى بإلزام المدين . الذى يتمسك بانقضاء التزامه تأسيساً على الهلاك ، بأن يترك لدائته ما خلفه الهلاك من حقوق أو دعاوى <sup>(١)</sup> . وقد تضمن المشروع التمهيدى لقانوننا المدنى نصاً مماثلاً ( المادة ٢٨٣ ) . ولكن هذا النص حذف . لا عروفاً عن حكمه . ولكن اعتباراً بأن حكمه « تفصيلي يكتفى فيه تطبيق القواعد العامة » <sup>(٢)</sup> . ونحن إذا كنا لانستطيع : بغير نص .

(١) تقضى المادة ١٣٠٣ فرنسي بما ترجمته : « عند هلاك الشيء ، أو خروجه عن دائرة التعامل أو فقده ، دون خطأ من المدين ، فإن المدين يلتزم ، إذا كانت هناك بعض حقوق أو دعاوى تعويض متعلقة بهذا الشيء ، بأن يتركها لدائته » . وانظر فى نفس الاتجاه المادة ٣٤٤ من قانون الموجبات والمقود البتاني .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التوضيرية ج ٢ ص ١٩٠ .



أن نقول بإلزام المدين الذي يتمسك بانتضاء التزامه تأسيساً على استحالة تنفيذه بأن يترك لدائته ما يخلفه المالك وواءه من شيء أو جق (١) . إلا أننا نرى . تمسكاً مع . متعلق نظام انقضاء الالتزام تأسيساً على استحالة تنفيذه ومع نظام الانقضاء . اعتبار الالتزام ممكناً غير مستحيل وبالتالي عدم وقوع الانقضاء . إذا وقع الدائن بما يخلفه المالك من شيء أو حق اقتضاء لدينه .

وفضلاً عما سبق أن قدمناه دعماً للرأي الذي نختارناه . فإنه يمكن دعمه أيضاً بفكرة الحلوك العميق . فما يخلفه الشيء إثر هلاكه . محل محله . بحيث إنه إذا وقع الدائن به استيفاء لحقه . فإنه التزام المدين يعتبر ممكناً في أدائه لا مستحيلاً . فلا يفسخ العقد (٢) .

### ٣٣٣ - أثر الانقضاء :

إذا توافرت شروط الانقضاء التي بينهاها . أعمل أثره . ويركز هذا المركز في زوال العقد . من تلقاء نفسه ، وبقوة القانون ، ومن غير حاجة إلى حكم القاضي وذلك فور حصول استحالة الوفاء بالالتزام . ومن غير حاجة إلى اعذار المدين . ونتيجة لزوال العقد ، تزول معه كافة الالتزامات الناشئة عنه .

ويتغير الحكم قليلاً باختلاف ما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد أم ملزماً للجانبين . فإن كان الأمر الأول . وأصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلاً استحالة كاملة . انقضى هذا الالتزام وتفرغ العقد من مضمونه . فيزول ، أي يفسخ . أما إذا كانت الاستحالة جزئية . فإن العقد لا يفسخ بالضرورة . وإنما يستمر قائماً في حدود ما بقي ممكن التنفيذ من الالتزام ، ويكون للعاقبة الآخر أن يتمسك ببقائه في تلك الحدود .

(١) وقد وصل الأستاذ الفد السهوي بالقبيل إلى الرأي الذي لم نستطع نحن أن نقول به ، راجع مؤلفه الأوسط ج ٣ نية ٥٨٩ .

(٢) راجع في تفصيل الرأي القائل بعدم حصول الانقضاء عندما يقع الدائن انقضاء لحقه بما يخلفه هلاك الشيء من حقوق : مؤلفنا ، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي - نظرية العقد نية ٣١٦ وعامش ١ ص ٦١٥ .

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض إلا لانفساخ العقد الملزم للجانبين ، وذلك في المادة ١٥٩ . فهو لم يعرض أصلاً لانفساخ العقد الملزم لجانب واحد . وكان هذا العقد الأخير لا يفسخ . والحقيقة أن الانفساخ يرد على العقد الملزم لجانب واحد ، كما يرد على العقد الملزم للجانبين . وذلك بخلاف الفسخ الذي لا يتصور وروده إلا في خصوص العقد الأخير دون الأول . وإن كان العقد ملزماً للجانبين . وكانت استحالة التزام أحد المتعاقدين كلية ، انقضى هذا الالتزام ، وانقضى الالتزام المقابل للعائد الآخر ، وتفرغ العقد بذلك من مضمونه ، فيفسخ . أما إن كانت الاستحالة جزئية ، فإن العقد لا يفسخ . ويكون للدائن الخيار بين أن يتمسك بالعقد في حدود ما بقي يمكن التنفيذ من حقه نظير ما يتناسب معه من الالتزام المقابل <sup>(١)</sup> . وبين أن يطلب فسخ العقد برمته <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان من شأن انفساخ العقد أن يزول بقوة القانون بمجرد أن يصير الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي عن المدين لا بد له فيه ، فإن هذا الزوال يقع بأثر رجعي . يمتد إلى وقت إبرام العقد ، حيث إن هذا العقد يعتبر كأن لم يتخذ أصلاً ، الأمر الذي يستوجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها وقت إبرام العقد <sup>(٣)</sup> ، وذلك في نفس الحدود المقررة في شأن

- 
- (١) وإذا تمسك الدائن بالعقد في حدود ما بقي يمكن التنفيذ من التزام مدينه ، فإنه يتحمل بالضرورة بما يقابل ما بقي من حقه الذي يطالب به . فإن اشترى شخص داراً ، مثلاً ، ثم تهم البناء ، وتمسك المشتري ببقاء المبيع بالنسبة للأرض ، كان له ما يطلبه ، ولكنه يتحمل من الثمن بجزء يقابل الأرض ، يحدده قاضي الموضوع ، بموئنة أهل الخبرة إن لزم الحال .
- (٢) وإذا طلب الدائن هنا الفسخ ، جاز للمحكمة أن تعمل سلطتها التقديرية المنصوص عليها في المادة ٢/١٥٧ ، فلا تجيب الدائن إلى الفسخ ، إذا كان ما أصبح تنفيذه مستحيلاً قليل الأهمية بالنسبة إلى التزامات المدين في سجلتها . ولكن لا يجوز للمحكمة هنا أن تنتظر المدين إلى أجل ، إلا بالنسبة إلى ما بقي يمكن التنفيذ من التزامه .
- (٣) انظر فيما يترتب على انفساخ عقد البيع من وجوب قيام البائع برد الثمن ونحوه ثمة المحلاك : نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ طين ٣٤٤/٢١٧ ق بمجموعة النقض س ١٩ ص ٣٤٥ رقم ٥٣ - نقض ١٩٦٨/١٢/٢٩ طين ٣٤٤/١٨٢ ق حوطة النقض س ١٩ ص ١٥٦٥ رقم ١٥٦٥ - نقض ١٩٦٩/٣/١٣ طين ٣٥٠/١٨٥ ق بمجموعة النقض س ٢٠ ص ٤٣٢ رقم ٧٠ - نقض ١٩٧٧/٤/٥ بمجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٨٥ - نقض ١٩٧٢/٤/٥ طين ٤٤٣/١٩٩ ق بمجموعة النقض س ٢٨ ص ٩٠٩ رقم ١٥٦ .

القسخ ، أى مع مراعاة القيام بأداء معادل : حينما يتعلم على العاقد بفعله أن يعيد غريمه إلى الحالة التى كان عليها عند العقد ، ومع مراعاة انتفاء الأثر الرجعى للانفساخ فى العقود المستمرة . ومع عدم الإخلال بالحماية القانونية من الانفساخ المقررة للغير حسن النية .

وغنى عن البيان أنه فى حالة انفساخ العقد نتيجة استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه لسبب أجنبى عن المدين ، سواء أكانت هذه الاستحالة كلية أو جزئية ، لا يستحق الدائن تعويضاً عما يناله من ضرر بسبب تقويت الصفقة عليه كلياً أو جزئياً <sup>(١)</sup> . فالفرض أن المدين هنا لم يخطئ . وبهذا يتميز انفساخ العقد عن فسخه ، الذى لا يحول دون حق الدائن فى التعويض عن الضرر الذى يترتب له ، اعتباراً بأنه يتمثل رخصة يجيزها له القانون كجزاء لإخلال المدين وتقصيره فى الوفاء بالتزاماته .

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٤/١١/١٢ طعن ١٦٣/٣٩ ق مجموعة النقض س ٢٥ من ١٢١٣

## الفصل الثالث

### التفاسخ أو التقايل أو الإقالة

٣٣٤ - التفاسخ أو الإقالة . كما يغلب أن يقال في الفقه الإسلامي :  
أو التقايل<sup>(١)</sup> . كما يقال أحياناً . سبب لانحلال العقد : إلى جانب الفسخ  
والانفساخ . وهو نظام يقوم على تراضى طرفي العقد على إزالته بعد إبرامه .  
ولم يشر قانوننا المدني في نصوصه إلى التفاسخ أو الإقالة . ولكن لا شك  
في إعماله تحت ظله . فهو مجرد تطبيق للقواعد العامة . إذ ما يستطيع توافق  
الإرادتين كليهما أن يفعله . يستطيع . بعد أن يقيمه أن ينقضه . وذلك  
في الحدود التي لا تضر الغير بطبيعة الحال .

والإقالة . أو التقايل كما يقال أحياناً : تفيد في اللغة معنى الإزالة<sup>(٢)</sup> .  
وتفيد في الفقه الإسلامي وفي القانون نفس المعنى . فهي تعني إزالة العقد .  
بمقتضى اتفاق لاحق لإبرامه . ومثال ذلك أن يبيع تاجر لأحد عملائه سلعة  
معينة . ثم يتفقا بعد ذلك على اعتبار البيع كأن لم يكن ، ويسرد التاجر  
سلعته . ويسرجع العميل نقوده .

والإقالة أو التقايل أو التفاسخ نظام يكشف بذات نفسه عما يبرره .  
فقوامها تراضى العاقدين كليهما على إزالة العقد بعد إبرامه كما أسلفنا .

---

(١) ويطلق البعض على الإقالة اصطلاح « الفسخ الاتفاقي » . وهذه التسمية ، وإن كانت  
في ذاتها صحيحة لغوياً ، اعتباراً بأن الإقالة لا تدل على أن تكون اتفاقاً على فسخ العقد بمعنى إزالته ،  
إلا أنه يحسن الابتعاد عنها ، حتى لا تختلط الإقالة بالفسخ الذي يقع بقوة القانون استناداً إلى  
الشرط الفاسخ الصريح . والذي كثيراً ما يطلق عليه بدوره الفسخ الاتفاقي . ثم إن لفظ « الفسخ »  
يشتمل في لغة قانوننا المصري . وغيره من القوانين العربية المعاصرة الأخرى ، اصطلاحاً قانونياً  
يلغي إزالة العقد بناء على طلب أحد عاقديه كجزء لإخلال العاقد الآخر بالتزاماته ، وليس مجرد  
إزالة العقد إذا قامت على غير ذلك من الأسباب . فهو بهذه المثابة يعتمد عن معناه اللغوي وعن  
معناه في لغة الفقه الإسلامي .

(٢) يقال : أقال الله حُرَّتكَ ، بمعنى أزالها . ومن المأثور عن النبي صلوات الله عليه  
أنه قال : « من أقال نادماً بيته ، أقال الله حُرَّتَه يوم القيامة » .

والعقد في قيامه صنعة هذا التراضي . وما يستطيع العقد أن ينشئه يستطيع بذات نفسه أن يزيله .

والإقالة تتميز عن الفسخ في أمرين أساسيين . فهي : من ناحية : لا تكون إلا اتفاقية ، بمعنى أنها لا تنشأ إلا بتراضي الطرفين عليها . وبشرط أن يجيء هذا التراضي بعد تمام العقد . أما الفسخ : فيقع إما بحكم القاضي . كما هو الأصل ، وإما بقوة القانون في حالة الاتفاق على حصوله بمجرد الإخلال بالالتزام وبدون حكم القاضي . ومن ناحية أخرى ، تختلف الإقالة عن الفسخ في أنه لا يلزم لوقوعها على سبيل الحتم أن يكون قد حصل من أحد طرفي العقد إخلال بالتزاماته . طالما أن الطرفين يرتضيانها . أما الفسخ . فهو بالضرورة جزءاً لهذا الإخلال ، كما قدمناه . في حينه .

### ٣٣٥ - انعقاد الإقالة :

الإقالة أو التقايل أو التفاسخ لا تعلق أن تكون عقداً يرم بقصد إزالة عقد آخر سبق إبرامه بين نفس الأشخاص . واعتباره كأن لم يكن . فلا يلزم من ثم لقيام الإقالة ، بعد توافر الأركان والشروط التي تملئها القواعد العامة لانعقاد العقود بوجه عام ، إلا أن ينصب رضاه طرفيها كليهما <sup>(١)</sup> . على اعتبار العقد الذي سبق لها أن أبرماه كأن لم يكن . وأن يكون في مقدورهما أن يتمشيا مع الغاية التي يقصدها .

فيلزم بادئ ذي بدء ، للتقابل من العقد . أن تتعقد على ذلك إرادة طرفي هذا العقد كليهما . فلا تكفي إرادة أحدهما <sup>(٢)</sup> . فما تقيمه الإرادة المشتركة لا تقتضيه بحسب الأصل إرادة منفردة .

ويلزم أن تنصب الإرادة المشتركة لطرفي العقد على إلزائه من أصله . أي على اعتباره كأن لم يكن أبداً . فلا تعتبر إقالة . مثلاً . الاتفاق بين المؤجر

---

(١) وليس معنى قولنا هنا بأنه يلزم لحصول الإقالة اتفاق طرفي العقد على حصولها أن الإقالة لا تحصل إلا من طرفين ، وإنما أردنا مجرد التقى مع الغالب حصوله في واقع حياة الناس ، حيث تحصل الإقالة من العقد المبرم بين طرفين باتفاقهما ، كما البيع مثلاً . فإن أبرم المقدم من أطراف متعددة كالمشركة والقسمه ، حصلت الإقالة باتفاق هذه الأطراف جميعاً .

(٢) انظر : نفوس ٣-١٩٧٦ طعن ٤٢/٢٢٤ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٥٤٦ .

والمستأجر على إنهاء الإيجار قبل فوات المدة المتفق عليها . طالما أن اتفاقهما لا يمس الإيجار فيما مضى من مدته . ولا تعتبر اقالة أن يبيع شخص الشيء . الذي سبق له أن اشتراه لنفسه من ابتاعه في البدء منه . فذلك مجرد بيع ثان ، وإن كان عكسياً . فالمتعاقدان هنا لا يعتبران أنهما تقابلا البيع الأول . إلا إذا انصب اتفاقهما على اعتباره كأن لم يكن أصلاً .

ويلزم التحرز من الخلط بين حصول الإقالة في العقد وإجراء مجرد التعديل فيه . فالإقالة لا تكون إلا حينما يقتضى العقد الجديد إزالة العقد الأول برمته . أما إذا لم يكن من شأن العقد الجديد أن يزيل العقد الأول . وأمكن له أن يقوم إلى جانبه . وإن غير في بعض أحكامه التي لا تمس أصله وأساسه ، فإننا لا نكون بصدد الإقالة من العقد القديم . وإنما بصدد مجرد إجراء التعديل فيه . ومثال هذه الحالة أن يتفق في عقد البيع على حصول تسليم المبيع أو دفع الثمن في ميعاد مضروب . ثم يأتى الطرفان ويتفقان في تاريخ لاحق على تغيير هذا الميعاد .

وإذا لزم لحصول الإقالة من العقد أن يتفق طرفاه كلاهما على اعتباره كأن لم يكن أصلاً . فلا أهمية بعد ذلك لأن يجيء اتفاقهما هذا صريحاً . أو أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال <sup>(١)</sup> . شريطة أن تكون تلك

(١) انظر نقض ١٩٧٦/٣/٣ المشار إليه في الخامس السابق . وقد جاء في هذا الحكم : « لئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد الماعدين بفسخ العقد دون رضا المتعاقد الآخر ، إلا أنه ليس مما يمنع من الاتفاق بينهما على رفع العقد والتقاييل منه . وأياً ما كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق . وهل يعد تفاسخاً أو إبراماً لعقد جديد ، فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين . يصبح بإيجاب وقبول صفتين بعدم تنفيذ العقد . وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالتقاييل الفسخ أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد . وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد ( استخلصت محكمة الموضوع ، في واقعات النزاع المروءة ، تقاييل إيجار حديقة من عدم تنفيذ مدة طويلة ) » . وانظر في نفس الاتجاه وبفلس المبارة : نقض ١٩٦٧/٢/١٦ طعن ٣٣/٦١ ق مجموعة النقض س ١٨ ص ٣٩٤ رقم ٥٩ ( استخلصت محكمة الموضوع التقاييل الفسخ في عقد بيع من إندار وجهة المشتري إلى البائع بأنه لا يقبل الصفقة إلا بنصف الثمن المتفق عليه في الأصل . تلاه إندار من تابع المشتري يلغه فيه باستعادته المضى في إجراءات التسجيل وأنه إذا لم يقدم لذلك فإن انعقد يعتبر مملوفاً . فسكت المشتري ، وأخير أرفع المشتري دعوى مطالب البائع فيها برد العربون مع التعويض ) .

الظروف قاطعه في الدلالة على حصوله . فالاتفاق على زوال عقد بعد حصوله لا يفترض ولا يتوسع في تفسير ما يؤدي إليه . واستخلاص قيام الاتفاق الضمني على الإقالة أمر يدخل في رحاب الواقع ؛ ولقاضي الموضوع فيه القول الفصل ، ما دام استخلاصه يقوم على أسباب سائفة قانوناً <sup>(١)</sup> .

وفضلاً عن توافق إرادتي طرفي العقد على إزالته واعتباره كأن لم يكن أصلاً ، يلزم . لحصول الإقالة . أن يكون في مقدور الطرفين التمسك فضلاً وواقعاً مع الغاية التي يستهدفانها منها ، والتي انعقد قصدهما المشترك على تحقيقها . تلك الغاية التي تتمثل في إزالة العقد وما يتبعه من إعادة طرفيه إلى الحالة التي كانا عليها عند إبرامه . فإذا كانت إعادة المتعاقدين إلى الحالة

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٣/٣ السابقة الإشارة إليه - نقض ١٩٤٨/٤/١٥ . مجموعة عمر ج ٥ ص ٦٠١ رقم ٣٠٢ - نقض ١٩٦٩/١/٢ طعن ٤٣/٤٧٢ ق مجموعة النقض ص ٢٠٣ رقم ٢ ( بعد أن بين الحكم أن استخلاص نية العاقلين في وقوع التنازع أفسى يدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية طالما يبنى على أسباب سائفة ، وصل إلى أن استخلاص التنازع مع استمرار تملك الطرفين بالعقد دون أن يندى أحدهما حصول التنازع يعطل فساداً في الاستدلال بما يوجب نقض الحكم المطعون فيه ) .

وقارن نقض ١٩٧٤/١١/٢١ طعن ٣٩/٨٢ ق مجموعة النقض ص ٢٥ رقم ١٢٥٤ رقم ٢١٣ . وتوصل واقعات النزاع التي صدر فيه الحكم في أنه ، في عقد بيع ، رفع المشتري على البائعين دعوى بالفسخ والتعويض تأسيساً على إخلالهم بالتزاماتهم ، فقابل البائعون تلك الدعوى بدعوى فرعية بالفسخ واستحقاقهم العيوب تأسيساً على إخلال المشتري بالتزاماته هو ، مدعين أنهم قد أوفواهم بالتزاماتهم . قضت محكمة الموضوع ( محكمة الاستئناف ) بفسخ البيع تأسيساً على تلاقق إرادة المشتري والبائعين على الفسخ . وقد باركت محكمة النقض هذا القضاء رافضة الطعن بالنقض الموجه ضده . وهذا الحكم من محكمتنا العليا يبدو لنا غير سديد ، وكان يتعين عليها نقض الحكم المطعون فيه لفساد الاستدلال . ذلك لأن إرادة الطرفين لم تتلاقح في الحقيقة . فإذا كان كل منهما قد طلب الفسخ ، إلا أنه قد طلبه تأسيساً على سبب مغاير بل مناقض للسبب الذي أسس الآخر طلبه عليه . فلنا هنا بصدد تناقض أو تقابل يقوم على توافق الإرادتين ، وإنما بصدد دعوى بالفسخ عن عقد واحد . وكان خليقاً بالهيئة أن تنظر في كل دعوى ، حتى إذا ما تبينت إخلال المدعي عليه فيها بالتزاماته ، حالة أن المدعي غير محل بالتزاماته هو ، جاز لها أن تقضي لمصلحةه بالفسخ مع التعويض على حساب غريمه . أما إذا تبين أن الإخلال بالتزامات متبادل بين الطرفين كليهما ، بمعنى أن كلا منهما محل بما يوجبه العقد عليه ، قضت برفض الفسخ منه تكاملاً كل شروطه .

التي كانا عليها عند إبرام العقد بعلده لسبب أو لآخر ، فإن الإقالة من هذا العقد تقع باطلة لاستحالة محلها . وهذا ما دعا الفقه الإسلامي إلى أن يشترط لحصول الإقالة من العقد أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحد العاقلين . فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف فيه للغير ، ما جازت الإقالة أو ما سرت في حق الغير على حسب الأحوال . فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف في بعض المعقود عليه ، جازت الإقالة في الباقي بقدر حصته من المقابل <sup>(١)</sup> . وإذا كان قانوننا المدني المصري لم يتضمن مثل هذا الشرط ، حيث إنه لم يعرض لتنظيم الإقالة أصلاً ، إلا أنه يتعين الأخذ به تحت ظله ، لأنه لا يعلو أن يكون تطبيقاً للقواعد القانونية العامة . ففي البيع ، مثلاً ، يلزم أن يكون المبيع قائماً وباقياً في يد البائع أو المشتري عند الاتفاق على الإقالة . ولكن لا يمنع من إمكان الاتفاق على الإقالة أن يتلف بعض المبيع أو أن يحصل التصرف فيه . حيث تقع الإقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن <sup>(٢)</sup> . أما إذا قبض المشتري الثمن وضاع منه . فإن ذلك لا يحول دون الإقالة . إذ أن المثلثات لا تهلك .

### ٣٣٦ - أثر الإقالة :

يرتكز أثر الإقالة في إزالة العقد . والأصل أنها تزيل العقد . لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب ، بل بالنسبة إلى الماضي أيضاً . شأنها في ذلك شأن الفسخ . فيعتبر العقد الذي حصلت إقالته كأن لم يبرم أصلاً <sup>(٣)</sup> . بيد أن

(١) وقد تفتن هذا الحكم الإسلامي في القانون العراقي ( المادة ١٧٦ و ١٧٧ ) ، وفي القانون الأردني ( المادة ٢٤٤ ) ، وأخيراً في القانون المدني الكويتي ( المادة ٢١٧ ) .

(٢) ولا ينبغي أن يفهم مما سقناه في المتن أن الإقالة لا تكون إلا في عقود المعاوضات ، فيمكن لها أن ترد في شأن عقود البيع كذلك ، سواء أكانت كلية أو جزئية .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٤/١/٣٠ ، طعن رقم ١٩٧٣/١٠ تجاري . وقد جاء في هذا الحكم أن التقايل يأخذ حكم الفسخ وأثره ، فينحل العقد فيها بين المتعاقدين بأثر رجعي ويعاد حذرن إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .

وقارن نقض مصري ١٩٦٦/٤/٧ طعن ٢٣٢/٢٢٢ ق مجموعة النقض من ١٧ ص ٨٢٥ رقم ١١٢ . وقد جاء في هذا الحكم أن « التفاسيح . . . لا يكون له أثر رجعي له إلا -



هذا الأثر الرجعي للإقالة ، لا يكون إلا في العلاقة بين العاقدین نفسهما والخلف العام لكل منهما ودائنيهما ، أما بالنسبة إلى غير هؤلاء . فالإقالة لا يكون لها أثر . إلا بالنسبة إلى المستقبل فحسب . متعاً للإضرار بهم <sup>(١)</sup> . فإذا باع شخص لآخر داراً . مثلاً . ثم بعد ذلك اتفقا على الإقالة . اعتبر البيع كأن لم يقع أصلاً . في العلاقة بين البائع والمشتري . ولكن بالنسبة إلى الغير . فإن البيع يعتبر أنه لم يحس . كل ما هنالك أنه . بمقتضى الإقالة . يعتبر الطرفان أنهما اتفقا على بيع عكسي . أي اتفاقاً على أن يبيع المشتري الدار من جديد إلى البائع بنفس الثمن . ويرتب على اعتبار الإقالة عقداً جديداً . بالنسبة إلى غير العاقدین . نتائج عملية هامة . فلو أن مشتري الدار . مثلاً . قد رهنها بعد شرائه إياها . ثم تمت إقالة البيع ، فإنها لا تؤثر في حق الرهن . وتعود الدار إلى مالکها القديم محملة به .

---

= إذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا الأثر له . وهذا الذي قاله الحكم ليس صحيحاً ، إذا قصدنا التفاضل الإقالة من العقد الملحق الذي نقصده من دراستنا لها في المتن . أي بمعنى إزالة العقد من أصله واعتباره كأن لم يكن أبداً . ولكن محكمتنا العليا ، شأنها في ذلك شأن محكمة الموضوع المطعون في حكمها ، استعملت هنا اصطلاح « التفاضل » في معنى إلغاء العقد للمستقبل دون مسس بما تم من تنفيذه في الماضي ، وذلك في عقد توريد أغطية لبعض المدارس ، تنفذ في بعض مدته ، ثم مرضر المتعهد ، فطلب إقصاءه من الاستمرار في التوريد ، ووافقت مديرية التعمير على إقصائه ومحكمتنا العليا ، إذ تستعمل هنا اصطلاح « التفاضل » في المعنى الذي بيناه ، يتشمل قضاؤها سليم تماماً إذ أننا لسنا هنا بصدد الإقالة بمعنى إزالة العقد من الوجود واعتباره كأن لم يكن ، وإعماصه وإلغاء العقد وإلغائه للمستقبل فحسب .

(١) اختلف فقهاء المسلمين في تكييف الإقالة . فذهب المالكية وأهل الظاهر إلى أن الإقالة عقد جديد ، وليست فسخاً للعقد الأول ، وذلك بالنسبة إلى العاقدین والغير عن حد سواء . وقال الحنابلة ، ومعهم أهل الشيعية الأمامية ، إن الإقالة فسخ اتفاق بالنسبة إلى الجميع . وبشر فريق ثالث من فقهاء الشرع الأغر ، يتشمل في الحنفية ، بأن الإقالة لها طبيعة مزدوجة فهي فسخ اتفاق بالنسبة إلى العاقدین ، وعقد جديد بالنسبة إلى الغير . وإلى هذا الرأي الأخير انحاز القانون المدني العراقي ( المادة ١٨٣ ) ومن بعده القانون المدني الكويتي ( المادة ٢١٨ ) .

## الفصل الرابع

### الدفع بعدم التنفيذ

٣٣٧- تكلمنا، في الفصول الثلاثة السابقة . في الفسخ والانفساخ والتقابل أو التفاضل أو الإقالة . وهي أمور تؤدي كلها إلى حل الربطة العقدية نهائياً ، وبأثر يمتد . بحسب الأصل . إلى يوم إبرامها . أما في هذا المبحث فتتناول نظاماً جديداً . ليس من شأنه أن يؤدي إلى حل الربطة العقدية نهائياً . ولكنه يضعفها فقط . وبصفة مؤقتة . فهو يوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد على أحد طرفيه . دون أن يزيلها . هذا هو نظام « الدفع بعدم التنفيذ » .

٣٣٨- ومؤدى الدفع بعدم التنفيذ Exceptio non adimpliti contractus أنه في العقود التبادلية . أى الملزومة للجانبين . يسوغ لكل من العاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد عليه . ولو كانت حالة الأداء . إلى أن يقوم العاقد الآخر بأداء التزاماته . أو يعرض في الأكل . أدائها ، مادامت هذه الالتزامات الأخيرة حالة الأداء بدورها .

والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية . وليست هجومية . فهو . كما يدل عليه اسمه . دفع . وليس دعوى . وهو وسيلة دفاعية يقررها القانون للعاقد الذي يكون . في نفس الوقت ، دائناً ومديناً للعاقد الآخر . ويخوله بمقتضاها الحق في أن يدفع مطالبة غريمه بالدين الذي له عليه . حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له . والفكرة الأساسية التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي أنه : «إذا أردت أن تأخذ مالك . فعليك أن تفي بما عليك . فلا عهد لمن لا عهد له » .

٣٣٩ - والدفع بعدم التنفيذ . على خلاف ما قد توحى به تسميته اللاتينية التي اشتهر بها : ليس من خلق القانون الروماني . وإنما هو من خلق القانون الكنسي الذي صاغه بعبارة : « لا يراعى عهد من لا عهد له » .

ولم ينص القانون الفرنسي على الدفع بعدم التنفيذ . وهو مع ذلك مسلم فيه ، قضاءً وفقها ، اعتباراً بأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة في نظرية السبب . وقد لجأت المدونات القانونية الحديثة إلى النص عليه صراحة <sup>(١)</sup> .

وجاء القانون المصري ينص بدوره عليه . وذلك في المادة ١٦٦ . التي تنص بأنه : « في العقود الملزمة للجانبين : إذا كانت الالتزامات المتعاقبة مستحقة الوفاء . جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » . وهذا نص مستحدث في قانوننا الحالي . فلم يكن له مقابل في قانوننا القديم <sup>(٢)</sup> .

٣٤٠ - وأساس الدفع بعدم التنفيذ . وفقاً للرأى السائد في الفقه . هو فكرة السبب . اعتباراً بأنه لا يسوغ إجبار المتعاقدين على الوفاء بالالتزام الذي فرضه العقد عليه . قبل أن يتحقق الغرض الذي سعى هو إليه ، عندما تعهد به . ومن هنا كان الأصل . في العقود التبادلية . أو الملزمة للجانبين . هو تعاصر التنفيذ . أى أن الالتزامات المتعاقبة الناشئة عنها تنفذ في وقت واحد .

وأياً ما كان وجه الصحة في الرأى السائد الذي يرجع أساس الدفع بعدم التنفيذ إلى نظرية السبب . فهذا الدفع يتمشى مع ذات طبيعة العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين . من حيث إنها تقتضى ارتباط تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها على وجه التبادل <sup>(٣)</sup> .

---

(١) ردها هو الشأن في القانون الألماني ( المادة ٣٢٠ ) ، وقانون الالتزامات السويسري ( المادة ٨٢ ) . ومدونة الالتزامات والعقود المغربية ( المادة ٢٣٤ و ٢٣٥ ) ، والقانون العراقي ( المادة ٢٨٠ ) ، والقانون السوري ( المادة ١٦٧ ) . والقانون الليبي ( المادة ١٦٣ ) والقانون المدني الكويتي ( المادة ٢١٩ ) .

(٢) وبرغم عدم وجود نص ، في قانوننا المصري القديم يقرر الدفع بعدم التنفيذ كبدأ عام شامل ، إلا أن فكرته كانت ، تحت ظله ، مسلحة قضاءً وفقها ، اعتباراً بأنها لا تمدد أن تكون مجرد تطبيق للقواعد القانونية العامة . بل إن القانون المصري القديم نفسه تضمن عدة تطبيقات تشرعية للدفع بعدم التنفيذ ( راجع المواد ٢٧٤/٣٤٥ و ٢٧٩/٣٥٠ و ٢٣١/٤١١ ) .

(٣) وإيضاحاً لهذه الفكرة ، جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ( ج ٢ ص ٣٣٣ ) ما يلى : « فن الأصول التي يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ »

### ٣٤١- شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

يلزم لثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، توافر الشروط الآتية :

١- يلزم أن نكون بصدد عقد تبادلي . أى ملزم للجانبين ، كالبيع والإيجار . ففي العقود الملزمة لجانب واحد ، كالهبة . لا يكون للدفع بعدم التنفيذ مجال . وهذا أمر واضح تقتضيه طبيعة هذا الدفع ذاتها . فأساس دفعنا التقابل بين الالتزامات على طرفي العقد <sup>(١)</sup> . وبشرط أن يكون هذا التقابل قائماً في ذات العقد الواحد <sup>(٢)</sup> .

---

= الالتزامات المتعاقبة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات ، فلا يجوز تأجيلها ما لا تقدم ، أى يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به ، قبل قيام المتعاقدين الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتعاقبة في وقت واحد . ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض لتحقيق سرقة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتج بما يجب أن يوفى به ، حتى يؤدي إليه ما هو مستحق له . وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع ، إما يوقف أحكام العقد ، لا أكثر . فالعقد لا يفسخ في هذه الصورة ، ولا تنقضي الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق . بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفْع بعدم التنفيذ .

(١) انظر : نقض ١٤/٤/١٩٥٥ ، مجموعة النقض ص ٦ ص ٩٦٩ رقم ١٢٦ : وقد جاء في هذا الحكم أن استخلاص التقابل بين الالتزامات ، الذى هو مناط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، من سلطة قاضى الموضوع التقديرية طالما قام على أسباب سائفة . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٧/٢/٢٢ ضمن ٢٩١/٤٢ مجموعة النقض ص ٢٨ ص ٥٠٥ رقم ٩٦ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٧/٢/٢٢ المشار إليه في الهامش السابق . وتتلخص وقائع النزاع التى صدر فيها الحكم في أن شخصاً باع لأخرى حصة شائعة في عقار يملكه . وأجر لها باقى حصته . رفعت المشترية دعوى صحة ونفاذ البيع على الحصة التى اشترتها مستتلة إلى أنها دفعت كامل الثمن المتفق عليه . دفع البائع الدعوى تأسيساً على أن المشترية لم تدفع له أجرة الحصة التى استأجرتها . رفضت محكمة الموضوع الدفع بعدم التنفيذ تأسيساً على أنه لا يكون إلا عند التقابل بين الالتزامات الناشئة من عقد واحد . وقد باركت المحكمة العليا بحق قضاء محكمة الموضوع . وجاء في حكمها أنه :

« بين ما أورده الحكم ( المطعون فيه ) إن ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين أنه اشتمل على عقدين ، أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار ، وإن كلا منهما استوفى أركانه القانونية ومستقل عن الآخر ، ورتب على ذلك أنه ، وقد ثبت أن المشترية قامت بتنفيذ التزامها في عقد البيع ، فإنه يتعين على البائع أن يوفى بالتزامه في هذا العقد ، وليس له أن ينظر ربح بالدفع =

٢- يجب أن يكون حق المتعاقد الذي يتمسك بالدفع . وبعبارة أخرى . يجب أن يكون الالتزام المدفوع بأنه لم يتنفذ مستحق الأداء حالاً<sup>(١)</sup> . فإذا كان حق المتعاقد مقترناً بأجل لما يحل . فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يثبت له . إلى أن يحل . ومثال هذه الحالة ، أن يبيع شخص ماله بضمن آجل ، أى بضمن يستحق في تاريخ لاحق . ثم يجهّز المشتري فيطالب البائع بتسليم المبيع . فلا يحق هنا للبائع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم . أى لا يحق له أن يجهّز المبيع . طالما أن الأجل الذي منح للمشتري لم يحل بعد .

وكون حق من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . وبعبارة أخرى . الالتزام المدفوع بأنه لم يتنفذ . واجب الأداء حالاً هو الشرط الجوهرى الهام لإعمال الدفع . والحكمة منه واضحة . فالدفع بعدم التنفيذ يقوم في أساسه على فكرة أن لا يحق للشخص أن يطالب بما له . طالما أنه محل بأداء ما عليه . فإذا كان الالتزام المدفوع بعدم تنفيذه مقترناً بأجل لما يحل . فلا يمكن أن تعتبر المدين به محلاً . ثم إن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة غير مباشرة لإجبار المتعاقد . الذى يوجه ضده الدفع . على الوفاء بالدين الذى عليه . فإذا كان هذا الدين مقترناً بأجل لم يحل بعد ، كان الدفع بعدم تنفيذه . باعتباره وسيلة إجبار على وفائه . غير مقبول . لالتجاء إليه قبل الأوان<sup>(٢)</sup> .

---

= بعدم التنفيذ استناداً إلى أن المشتري امتنع عن تنفيذ التزامها فعهده الإيجار يدفع الأجرة . ذلك أن هذا الالتزام الأخير ... إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المتعاقبة المترتبة على عقد البيع ... ولما كان ما خلص إليه الحكم سائماً وليس فيه خروج عن المنطق الظاهر لمبارات الاتفاق .. فإن التمسك بالحكم يكون على غير أساس » .

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٣/٣ طعن ٣٢/٦٦ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٠٤

رقم ٧٠- نقض ١٩٦٦/٥/١ طعن ٣١/٢٢٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٠٤ رقم ١٤١ .

(٢) وإذا كان اقتراح الالتزام بأجل يحول دون التمسك بالدفع بعدم تنفيذ ، فن باب أول ، لا يسوغ التمسك بعدم تنفيذ الالتزام ، إذا كان التزاماً طبيعياً ، وليس التزاماً مدنياً . فالالتزام الطبعي لا يجبر في تنفيذه . وهكذا فلو أن شخصاً باع ، مثلاً ، شيئاً ، وسكت عن المطالبة بالثمن ، حتى سقط بالتقادم ، وبعد ذلك رجع المشتري على البائع بالضمان ، ما حق لهذا الأخير أن يدفع المطالبة بعدم تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن .

وإذا كان الأجل الذى يقترن به التزام العاقد الذى يوجه الدفع إليه نحو دون التمسك ضده بالدفع بعدم التنفيذ ، فإنه يستثنى من ذلك الأجل القضائى . أى نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى . فنظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين لا تمنع دأته من أن يتمسك فى مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ إذا ما طالب الأول الثانى بحقه عليه <sup>(١)</sup> . فنظرة الميسرة تمنح للمدين مجرد الرأفة به والتيسير عليه بإمهاله فى الوفاء . فليس له أن يستغلها بالمبادرة بطلب حقه متذرعاً بإرجاء أداء ما عليه ، وإلا كان ذلك منه تجافياً لمقتضيات حسن النية الذى يوجهه القانون فى تنفيذ العقود ( المادة ١/١٤٨ ) وغروراً عن روح نظرة الميسرة .

٣ - ولا يكفى . لثبوت الحق فى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . أن يكون حق من يتمسك به مستحق الأداء حالا . بل يلزم . فضلاً عن ذلك . ألا يكون المتعاقد مجبراً . بمقتضى العقد أو القانون أو العرف أو العادة : على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولاً . فالأصل أن تنفذ التزامات العاقدين المتقابلة فى نفس الوقت . إعمالاً لفكرة إعط وخذ . ولكن إذا اتفق الطرفان على أن يبدأ أحدهما بتنفيذ التزامه . أو قضى بذلك القانون أو العرف أو العادة . ما ساء لهذا المتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . لأن مؤدى تمسكه به أن يطلب أن يؤدى هو التزامه فى نفس الوقت الذى يقوم فيه غريمه بأداء التزامه . فى حين أنه ملزم بأن يبدأ هو بتنفيذ ما عليه <sup>(٢)</sup> .

وإذا كان التزام المتعاقد بأن يبدأ هو بتنفيذ التزامه يحرمه من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . فإن روح هذا النظام يقتضى أن يكون ثمة فترة طويلة نسبياً بين تنفيذ الالتزامين . تخضع فى تحديدها لتقدير قاضى الموضوع . فلا يكفى مجرد الترتيب الزمنى . إذا كان لا يحول دون تعاصر التنفيذ .

(١) انظر : السجورى ، الوسيط ج ١ نيلة ٤٩٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٨/١٢/١٥ طين ٣٤/٥٠٥ ق ، مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٠٤ رقم ٢٢٩ - نقض ٦٦/٣/٣ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٠٤ رقم ٧٠ - نقض ٦٦/٥/٣١ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٢٧٩ - نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٤٥ .

٣٤٢ - تلك هي الشروط التي يلزم توافرها لثبوت الحق في التمسك بالدفع بعد التنفيذ .

بيد أن الحق في التمسك بهذا الدفع . شأنه في ذلك شأن أى حق آخر غيره . يتقيد في استعماله بقاعدة عدم جواز إساءة استعمال الحق <sup>(١)</sup> ( المادة ٥ ) وبقاعدة وجوب تنفيذ العقد على نحو ما يقتضيه حسن النية ( المادة ١/١٤٨ ) . وهكذا فلا يسوغ التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على وجه يتعارض مع وظيفته الاجتماعية . ومع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية . وعلى الأخص . لا يسوغ التمسك به إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بالوفاء بالجزء الأكبر مما عليه . ولم يبق منه إلا قليل ضئيل . لا يمتشى مع العدالة ولا مع نزاهة التعامل الاعتصام وراء عدم أدائه . لامتناع الدائن عن وفاء ما عليه . أو في الأقل . يمتنع على الدائن هنا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . إلا في حدود حصّة من التزامه تقابل ما بقي من حقه من غير وفاء <sup>(٢)</sup> .

### ٣٤٣ - كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

تبيننا . فيما سبق . الشروط اللازم توافرها لثبوت الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . والقرض أن هذه الشروط قد توافرت كلها . ومن ثم فقد ثبت للمتعاقد التمسك بالدفع . وعلينا هنا أن نحدد طريقة هذا التمسك .

---

(١) انظر نقض ١٩٦٦/٥/١٠ طعن ٣١/٢٢٤ في مجموعة النقض ص ١٧ ص ١٥٤٠ رقم ١٤١ .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى فقرة ثانية المادة ٢٢٢ منه . التي أصبحت المادة ١٦١ من القانون ، تصرح بهذا الحكم . فقد جاءت هذه الفقرة تقول : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع من تنفيذ التزامه ، إذا كان ما لم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية » . وقد حذقت هذه الفقرة ، فلم تأت في القانون . بسبب ما روى من أنها « تطبيق لنظرية التصف في استعمال الحق » . انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، ج ٢ ص ٣٣٤ .

والدفع بعدم التنفيذ . كما يدل عليه اسمه . وكما سبق لنا أن بيناه : وسيلة دفاعية وليست هجومية . ومؤدى ذلك أن المتعاقد لا يتمسك به إلا إذا طُوبى بما عليه . حيث يسوغ له هنا أن يدفع المطالبة بعدم أداء ما له . وللمتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . سواء أطلوب بأداء ما عليه ودياً أم قضائياً . فإذا طُوبى : خارج ساحة المحكمة . بأداء ما عليه . فتمسك بعدم تنفيذ ما له . بل حتى لو كان له الحق في ذلك . ولم يتمسك به إلا فيما بعد . فإنه لا يعتبر مخلاً بالتزامه . وما ترتبت عليه المسئولية (١) .

والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى يثبت لكل من المتعاقدين . فكل منهما يترخص في استعماله . أو في عدم استعماله . ولا يسوغ للقاضي أن يأخذ به من تلقاء نفسه . فالقاضي يجيب المتعاقد الذى يتمسك بالدفع إن وقف تنفيذ التزامه . إلى أن يبنى غريمه بما يجب عليه . ولكنه لا يحكم بذلك متطوعاً من تلقاء نفسه .

على أن الذى يجوز له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو المتعاقد الذى لم يسوف له بحقه . فليس للغير أن يتمسك بهذا الدفع . فلا يجوز ، مثلاً . فى دعوى حصة ونفاذ عقد البيع . الدفع بعدم تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن لإلا للبائع . فلا يجوز هذا الدفع لمشتري ثمن بغير الوصول إلى ثبوت الملكية له دون المشتري الأول (٢) .

والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يتصل بالنظام العام . فلا يوجد ثمة ما يمنع من اشتراط امتناعه على أحد العاقدين . أو على كليهما . كما لا يوجد

---

(١) ولا يوجد هناك ما يمنع المتعاقد من التمسك بعدم تنفيذ ماله . فى صورة إشكال فى التنفيذ بالحقائق عنه . ويحصل ذلك إذا كان المقدم رسمياً ، وأريد التنفيذ بمقتضاء . إما إذا أريد إجراؤه التنفيذ بمقتضى حكم واجب النفاذ . فنحن لا نرى إمكان إيقاف هذا التنفيذ عن طريق مجرد التمسك بالدفع ، لأن فى ذلك مساساً بحجية الأمر المقضى .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ طعن ٣٤/٢٦٠ فى مجموعة النقض س ١٨ ص ١٩٣٢ رقم ٢٩٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى حصة المتعاقد بتخلف المشتري عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن ، لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ، ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر . فإذا كان البائع لم يعط فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض =



ثمة ما يمنع من نزول المتعاقد عن مباشرته صراحة أو دلالة . طالما أن الدلالة قاطعة .

### ٣٤٤ - أثر الدفع بعدم التنفيذ :

يرتكز أثر الدفع بعدم التنفيذ في وقف تنفيذ التزام المتعاقد الذي يتمسك به . والمقابل للالتزام المدفوع بعدم تنفيذه . وذلك إلى حين أداء هذا الالتزام الأخير . أو إلى أن يعرض أداءه عرضاً قانونياً صحيحاً<sup>(١)</sup> . ففي عقد البيع . مثلاً إذا طوّل المشتري بدفع الثمن . فدفع المطالبة بعدم تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع . أو التزامه بالضمان . ترتب على هذا الدفع إيقاف تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن . إلى أن يؤدي البائع التزامه . أو يعرض أداءه عرضاً قانونياً سليماً متفقاً مع ما تقضى به المادة ٣٣٩ من د.ق.

وإذا كان أثر الدفع بعدم التنفيذ يتركز في إيقاف تنفيذ التزام من يتمسك به : إلى حين الوفاء بالحق الذي له . فإنه لا يتجاوز هذا الحد . فدفعنا هذا لا يمس الالتزام في ذات وجوده . ومن باب أولى . هو لا يمس العقد

والإيداع الحاصلين من المشتري صحيحين وما رتب عليه ذلك من اعتبار الإيداع مبرئاً لئمة هذا المشتري من الثمن ، فإنه لا يقبل من الطاعن - وهو مشتري ثان - الطعن على الحكم المطعون فيه في هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاءه ولم يظن فيه .

(١) ويلاحظ أنه . وفقاً لما هو مستقر في فقه القانون الإداري ، لا يجوز : في وجه العقود الإدارية : التمسك بالدفع بعدم التنفيذ للمتعاقد مع جهة الإدارة . وإن كان ذلك يقع جازماً لجهة الإدارة نفسها . فالمتعاقد مع جهة الإدارة لا يستطيع أن يمتنع عن أداء التزاماته ، تأسيساً على أن جهة الإدارة قد تقاضت من الوفاء بالتزاماتها نحوه . ما لم يترتب على هذا التقاض صيرورة التزاماته هو مستحقة الأداء . وعلّة هذا الحكم واضحة . فالمصلحة العامة تأبى أن يتعطل أو يتأخر تسير المرفق العام ، لجرد أن المتعاقد مع الإدارة لم يستوف حقه في ميعاده ، سيما وأن جهة الإدارة تتسم عادة بالسر والاعتدال في أداء التزاماتها . بل إن مراعاة المصلحة العامة . وتقليها ، عند التعارض مع المصلحة الخاصة ، جعلت الفكر القانوني . في تنظيمه للقد الإداري ، ينظر إلى المتعاقد مع الإدارة ، لا على أنه مجرد متعاقد عادي ، بل على اعتبار أنه ، إلى جانب صفته التعاقدية ، يؤدي واجب التعاون مع الإدارة في تسير المرفق العام . وإذا كان السائد في الفكر القانوني هو منع انعقاد مع جهة الإدارة من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا أننا نجد بعضاً من الفقهاء يمنحونه التمسك به ، إذا لم يكن في ذلك تعطيل لسير المرفق العام . ( راجع : سليمان الطحاوي ، العقود الإدارية طبعة ٣ ص ٥٩٤ ) .

في كيانه . بخلاف الفسخ والانفساخ أو الإقالة .

وليس معنى قولنا إنه يترتب على الدفع إيقاف تنفيذ التزام من يتمسك به أنه يجب على القاضي أن يرفض بالضرورة دعوى الدائن . وإنما يسوغ له أن يقضى للمدعى بحقه . برغم تمسك المدعى عليه بعدم تنفيذ ما يجب له ، بشرط أن يتضمن قضاؤه أداء الالتزامين المتقابلين معاً .

ويلاحظ أن تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ لا يمنعه أن يطلب فسخ العقد . والعكس صحيح .

كما أنه يلاحظ أيضاً أن امتناع المتعاقد الذى يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عن أداء التزامه إلى أن ينى غريمه بما عليه نحوه . هو حق له . طالما أن شروط الدفع متوافره . ومن ثم فهو لا يعتبر مقصراً . بل إن امتناعه عن تنفيذ التزامه هنا لا يرفع عن غريمه وصمة التقصير في أداء التزامه هو . إن كانت . ويترتب على ذلك أن الاعتصام وراء الدفع بعدم التنفيذ . لا يمنع التعاقد من أن يطالب غريمه بالتعويض إذا كان هو المقصر في الوفاء بالتزامه <sup>(١)</sup> .

### ٣٤٥ - الدفع بعدم التنفيذ والحق في الحبس :

رأينا أن مقتضى الدفع بعدم التنفيذ : أن يثبت للمتعاقد . في العقود الملزمة للجانبين . إذا ما طوّل بأداء ما عليه . أن يمتنع عن أدائه . حتى يوفى له غريمه بالحق الذى له . وإذا كان محل التزام المتعاقد الذى يتمسك بالدفع هو تسليم شيء . كما إذا طالب المشتري البائع بتسليم المبيع . فدفع البائع المطالبة بعدم أداء المشتري المستحق عليه حالاً من الثمن . كان من مؤدى الدفع بعدم التنفيذ . أن يحبس المتعاقد في يده الشيء الملزم بتسليمه . وهذا ما يطلق عليه « الحق في الحبس » .

---

(١) انظر في ذلك : تمييز الكويت ١٩٧٧/١١/٣٠ ، طين رقم ١٩٨٥/١٤ تجاري . وقد جاء في هذا الحكم أنه إذا أغل المتعاقد بالتزامه . كان المتعاقد الآخر أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه هو . مع ثبوت الحق له في مطالبة غريمه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه . دون أن يحتاج بأنه هو لم ينفذ التزامه .

وهكذا فالحق في الحبس يتمثل . في بعض صوره . تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ ، وذلك في مجال العقود التبادلية . ولكن الحق في الحبس . في صور أخرى له . أهم وأهم وأوسع نطاقاً من الدفع بعدم التنفيذ . فهو يثبت حق خارج نطاق العقود بوجه عام . كما أن الدفع بعدم التنفيذ . في نطاق العقود التبادلية : أهم من الحق في الحبس . إذ أنه يباشر للامتناع عن كافة الالتزامات وليس فقط عن الالتزام بتسليم شيء<sup>(١)</sup> .

---

(١) قارن نقض ١٩٦٥/١١/١١ طعن ٣٥٠/٣٥٠ ق مجموعة النقض س ١٨ ص ١٠١٨ رقم ١٥٩ . وقد جاء في هذا الحكم أن الدفع بعدم التنفيذ « إن هو إلا الحق في الحبس في نطاق العقود الملزمة للجانبين » . وهذا القول ليس صحيحاً . إذ أن الدفع بعدم التنفيذ أهم من الحق في الحبس في نطاق العقود التبادلية كما ذكرنا في المتن . لأنه يباشر في خصوص الالتزام بتسليم شيء ( الحق في الحبس ) كما يباشر في خصوص غيره من كافة الالتزامات الأخرى ، كالالتزام بالتصديق على عقد البيع المرعى تمهيداً لتسجيله والالتزام بإلقاء محاضرة أو بالتفيل في رواية . راجع في ذلك مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية طبعة ٢ ص ٢٥٩ هامش (١) .

## الباب الرابع

### الإرادة المنفردة

٣٤٦ - تكلمنا فيما سبق في العقد . وهو المصدر الأساسي الغالب لإنشاء الالتزامات . والعقد . كما بينا . يقوم على إرادتين متوافقتين . تلتقيان في اتجاههما إلى إحداث الأثر القانوني المبتغى . أى على إرادة مزدوجة . وإذا كان للإرادة المزدوجة . التى هى قوام العقد . كل تلك الأهمية فى إنشاء الالتزام . فما هو . فى هذا الحال . دور الإرادة . إذا جاءت منفردة ؟

يقصد بالإرادة المنفردة : كما هو ظاهر ، تلك التى تصدر من طرف واحد . من غير أن تتوافق مع إرادة طرف آخر غيره . ولا شك أن الإرادة المنفردة تستطيع فى مجالات كثيرة متفرقة ومتباينة أن ترتب بعض الآثار القانونية . فهى تستطيع . على سبيل المثال . أن تكسب الحق العيني . كما هى الحال فى الوصية والوقف . وأن تزيل الحق العيني . كما هى الحال فى التزول عن هذا الحق . وتستطيع الإرادة المنفردة كذلك أن تنهى بعض العقود . كما هى الحال فى إنهاء الوكالة والرجوع فى الهبة . بل هى تستطيع . عن طريق الطلاق . أن تنهى الزواج الإسلامى : وهو من أكثر الأنظمة خطورة فى المجتمع وأعظمها قداسة .

وإذا كان للإرادة المنفردة أن ترتب بعض الآثار القانونية على نحو ما بيناه . فهل يمتد دورها إلى إنشاء الالتزام ؟ وبعبارة أخرى ، هل تعتبر الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ؟

هنا ثار التشكك . والعلة فى ذلك أن النظرية التقليدية العتيقة ترى فى الالتزام رابطة تجمع بين شخصين . هما الدائن والمدين . فكيف إذن لإرادة واحدة أن تنشأه ؟ هكذا نظر الفكر القانونى إلى دور الإرادة المنفردة . فى مجال الالتزامات . بخنجر . ليس فقط بالنسبة إلى إنشائها ، بل أيضاً بالنسبة إلى نقلها وتعديلها : بل وحتى بالنسبة إلى انقضاءها .

. وإذا كان الفكر القانوني قد نظر إلى دور الإرادة المنفردة في إنشاء الالتزام بعين الشك والحذر ، فإن مؤدى ذلك بالضرورة أن يثور الخلاف بصدها في النظم القانونية المختلفة . وهذا ما حدث بالفعل في الفقه المعاصر الغربي . حيث تتنازع نظريتان مختلفتان في أساسهما ، وإن كانتا تتقاربان إلى حد كبير في نتائجهما . وإحدى هاتين النظريتين قديمة تقليدية ، وهى النظرية اللاتينية أو الفرنسية . وثانيتهما حديثة ، وهى النظرية الجرمانية أو الألمانية . وتتناول كلا من هاتين النظريتين بإيجاز :

#### ٣٤٧ - النظرية الفرنسية :

وفقاً للنظرية التقليدية العتيقة التي قال بها الرومان من قبل ، والتي يسير عليها القانون الفرنسي . وما نصح نهجه من قوانين البلاد المختلفة الأخرى ، لا تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام . فالإرادة ، وفقاً لهذه النظرية ، لا تستطيع أن تولد الالتزام . إلا إذا اقترنت بإرادة أخرى ، أى إلا إذا قام العقد . فإن بقيت منفردة . ما أفلحت في خلقه .

ودعامة هذه النظرية هى الفكرة العتيقة البالية التي تصور الالتزام رابطة بين شخصين : الدائن والمدين . فإذا كان الالتزام رابطة بين شخصين ، فكيف لإرادة أحدهما ، دون إرادة الآخر ، أن تنشأ ! وإذا جاز أن نسمح للإرادة أن تحمل صاحبها عبء الالتزام . أى أن تجعل منه مديناً ، فكيف لها أن تفرض على آخر أن يكون هو المستفيد من هذا الالتزام ، أى يصير به دائناً !

#### ٣٤٨ - النظرية الألمانية :

تبشر النظرية الألمانية بأنه لا يوجد . في المنطق القانوني ، ثمة ما يمنع من أن ينشأ الالتزام بإرادة المدين المنفردة . فالشخص . كأصل عام ، حر في أن يحمل نفسه بالدين الذي يرتضيه . وليس معنى ذلك بالضرورة أن من يثبت لمصلحته هذا الدين يجبر على قبوله . فالشخص لا يرغب على أن يكسب حقاً لا يبتغيه . كل ما هنالك أن يكون الحق قد ثبت في ذمة المدين . ثم جاء

الدائن فرفضه . وقد قامت النظرية الألمانية متأثرة بالنزعة الموضوعية في الالتزام . وقد استهدفت أساساً تغطية بعض الحاجات العملية ، لاسيما حالة الوعد بجائزة الذى يوجه للجمهور عن أداء عمل معين . وقد ساعد في قيام هذه النظرية أن التقاليد الجرمانية ، بخلاف التقاليد الرومانية ، لا تقف عقبة في سبيلها .

٣٤٩ — هاتان هما النظريتان اللتان تتنازعان . في القانون المعاصر . تحديد دور الإرادة المنفردة ، باعتبارها مصدراً للالتزام . ويبدو لأول وهلة ، أن الخلاف بينهما جد كبير . وهو كذلك بالفعل . بالنسبة إلى الأساس القانوني العلمى الذى تقوم عليه كل منهما . ولكننا إذا اقتصرنا على النتائج العملية المترتبة على إعمالها في مهديهما . أى تحت ظل كل من القانونين الفرنسى والألماني . وجدناهما تقتربان إلى حد كبير . بحيث يكاد الفارق بينهما أن يكون نظرياً . لا يتجاوز مجرد التأصيل القانوني .

فن ناحية النظرية الفرنسية . فإنه مهما قيل من أن الإرادة المنفردة لا تستطيع أن تخلق بذاتها وبمجردها الالتزام . إلا أن هناك . من الناحية العملية . حالات يبنى فيها القول بوجود الالتزام . ومن أبرز تلك الحالات . الإيجاب المقترون بميعاد يتحدد للقبول . والوعد بجائزة موجه للجمهور . ولم يكن ثمة بد . أمام ضغط الحاجات العملية . من أن يقول الفرنسيون بوجود الالتزام في مثل هاتين الحالتين . كل ما هنالك أنهم لم يؤسسوا نشأته على الإرادة المنفردة . ولكنهم ردوه إلى العقد .

فبالنسبة إلى الإيجاب المقترون بميعاد محدد للقبول . قال الفرنسيون إن الموجب يتحمل بالالتزام يفرض عليه الإبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة . ولكنهم لم يردوا هذا الالتزام . في نشأته . إلى إرادة الموجب المنفردة . وإنما إلى عقد قائم بينه وبين الموجب له . اعتباراً بأن الموجب . حينما يعرض على آخر صفقة ما . ويترك له أمر التدبير فيها إلى أجل معلوم . يقدم له إيجابين : وليس واحداً . أما الإيجاب الأول . فهو يرد بالنسبة إلى الصفقة ذاتها . البيع مثلاً . وأما الإيجاب الثانى : فوفاه أن يلتزم الموجب

بالإبقاء على عرض الصفقة خلال الأجل المضروب . وهذا الإيجاب الثاني يقبل في الحال . إذ هو يتمحض عن مجرد نفع للموجب له . فعدم التصريح منه برفضه يحمل منه محمل القبول . إذ السكوت يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . إذا كان الإيجاب قائماً عن نفع محض لمن وجه إليه . كما سبق لنا أن بيناه في حينه . وهكذا يصل الفرنسيون إلى أن الإيجاب المقترن بميعاد للقبول يحمل صاحبه بالالتزام بالإبقاء عليه . طوال المدة المحددة له . وأن أسسوا هذا الالتزام . في نشأته . على العقد . وبذلك يصبح الخلاف بين القانون الفرنسي . وبين النزعة الأخرى التي تؤسس الالتزام على إرادة الموجب المنفردة . مجرد خلاف نظري لا يتجاوز التأصيل القانوني .

وبصدد الوعد الموجه للجمهور بجائزة تعطى عن عمل معين . والذي يرد عادة في الإعلانات التي تلتصق على الجدران . أو تنشر في الصحف . أو تذاع بغير هذا وذلك من طرق الإعلام . فإنه من المتفق عليه في فرنسا . فقهاً وقضاء . أن الواعد يتحمل بالالتزام بمنح الجائزة لمن يؤدي العمل المطلوب . حتى إذا كان قد أداه بغير نظر إلى الجائزة . بل حتى لو كان قد أداه على جهل منه بحصول الوعد بها . والفرنسيون . هنا أيضاً . يؤسسون الالتزام على العقد . اعتباراً بأن الوعد بالجائزة لإيجاب بها . بصادفه القبول ممن يؤدي العمل<sup>(١)</sup> . وهذا التأصيل لا يصادف كبير صعوبة إذا كان من أدى العمل المطلوب على علم بالجائزة . وأداه ليحصل عليها . ولكن الصعوبة تثور . إذا كان الشخص قد أدى العمل . بغير نظر إلى الجائزة . وعلى الأخص إذا كان قد أداه على جهل بالوعد بها . ومع ذلك فالفرنسيون لم تستوقفهم هذه الصعوبة . فلبجأوا إلى القول هنا بافتراض حصول القبول ممن أدى

---

(١) وقد أقرت محكمة النقض المصرية ( نقض ١٩٦١/٣/٣٠ بمجموعة النقض س ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢ ) النظرية الفرنسية في خصوص وعد بجائزة أعطى في ظل قانوننا القديم . وهو وجه وزارة الداخلية بإعطاء مكافأة مقدارها خمسة آلاف جنيه لمن يفل بمعلومات تؤدي إلى معرفة قاتل أمين صيَّان . وأدى بها ذلك إلى القضاء بعدم أحقية من أدعى بتلك المعلومات في المكافأة ، تأمساً على أنه أدعى قبل إعلان وعد الحكومة بالمكافأة ، الأمر الذي يمنع عمله من أن ينجز قبولاً لإيجاب الحكومة بالمكافأة ، اعتباراً بأن القبول يلحق بالإيجاب ولا يسبقه .

الفعل (١). وهو افتراض بادی الاصطناع ، في الواقع .

وهكذا يصل الفرنسيون إلى تقرير إلزام الوعد بجائزة على أساس العقد . وتصبح النتيجة العملية ، في هذا الصدد واحدة في فرنسا ، وفي البلاد التي تأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، أو تكاد تكون واحدة . فالفارق الوحيد ، من الناحية العملية . هو أن الالتزام . إذا بني على الإرادة المنفردة ينشأ من تاريخ صدور ها ، أو على الأقل إعلانها . في حين أنه لو أسس على العقد . ما تيسر القبول بوجوده إلا من التاريخ الذي يثبت فيه صدور قبوله ، أو في الأهل من التاريخ الذي يفترض فيه صدور هذا القبول . مما سبق يظهر أن القانون الفرنسي . وإن كان لا يأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر منشئ للالتزام ، إلا أنه يسلم بأهم النتائج العملية التي تستهدفها النظرية التي تقول بذلك . وإن كان يردّها إلى أساس آخر . هو العقد .

وإذا تركنا القانون الفرنسي إلى القانون الألماني . وجدناه . من ناحيته . وإن كان يسلم بالفكرة القائلة بعدم وجود ثمة ما يمنع . من وجهة المنطق القانوني . أن يتولد الالتزام عن الإرادة المنفردة . إلا أنه . مع ذلك . لاحظ . وبحق : أنه لا يمكن أن يترك هذا الباب مفتوحاً على مصراعيه . دون ما ضابط . ذلك أنه . في الكثير من الحالات . لا نستطيع أن نتحقق مما إذا كانت إرادة الشخص في التحمل بالتزام معين هي إرادة جادة ونهائية . أم أنها إرادة صدرت من صاحبها اعتباطاً . ومن غير أن يكون مصراً في الحقيقة عليها . من أجل ذلك لم يجعل القانون الألماني . من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً منطلقاً لإنشاء الالتزامات . بل جعل منها مصدراً محدوداً واستثنائياً . فهو لم يحل محل القوة في خلق الالتزام . إلا في الحالات الخاصة التي يحددها هو ، وعلى سبيل الاستثناء (٢) .

(١) وقد تأثرت مدونة الالتزامات والعقود المغربية بهذه الفكرة وقتها ، في المادة ١٥ منها ، التي جاءت تقول بأن الوعد الذي يعطى . عن طريق الإعلانات أو غيره . من وسائل الإعلان بمنح جائزة لمن يعثر على شيء ضائع . أو لمن يجري عملاً معيناً ، يعتبر أنه قد قبل من يجد الشيء . أو يجري العمل . حتى لو حصل منه ذلك على غير علم بالوعد . ويلتزم صاحب الوعد ، من جانبته بأداء الالتزام الموعود به .

(٢) وفي ذلك تنفي المادة ٣٠٥ من القانون الألماني بأن إنشاء الالتزام ، عن طريق التصرف . القانوني ، لا يكون إلا بمقتضى عقد . هذا الأحوال التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك .



### ٣٥٩ - الإرادة المنفردة في القانون المصري :

لنـ يتضمـن قانوننا المدني المصري أى نص يقرر اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً لنشأة الالتزام . ومع ذلك فقد أورد عنوان « الإرادة المنفردة » ، مخصصاً لها فصلاً قائماً بذاته . هو الفصل الثانى من الباب الأول المخصص لمصادر الالتزام . على نفس المستوى مع العقد الذى أفرد له الفصل الأول . ومع العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . حيث أوردته أحكامها فى الفصل الثالث والرابع والخامس على التوالى . وكل ما أورده المشرع فى الفصل الثانى المعنون « الإرادة المنفردة » هو مادة وحيدة تعرض فى إيجاز شديد يصل إلى حد الاقتضاب للوعد بجائزة للجمهور . وكان المشروع التمهيدى قد بدأ الفصل المخصص للإرادة المنفردة عمادة تجعل منها مصدراً عاماً لنشأة الالتزام . شريطة أن يثبت التصرف الذى تقيمه بالكتابة . وتلك هى المادة ٢٢٨ . وقد حذفت هذه المادة « عدولاً عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة . واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً »<sup>(١)</sup> .

وكان من شأن هذا السلوك من مشرعنا أن ثار الخلاف فى الفقه حول ما إذا كانت الإرادة المنفردة تعتبر مصدراً منشأً للالتزام أم لا تعتبر . وقد أنكر الأستاذ السهورى عليها ذلك . راداً الالتزامات التى تنشأ منشأً إليها إلى القانون مباشرة<sup>(٢)</sup> . وذلك فى حين أن باقى فقهاءنا أجمعوا على اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً منشأً للالتزام . وإن كان مصدراً محدوداً بالحالات التى يأذن لها فيها القانون نفسه بإنشاء الالتزام بمقتضى نص خاص<sup>(٣)</sup> .

والحقيقة أن القانون لا يعتبر أبداً مصدراً مباشراً للالتزام . فهو يتزوى دوماً إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر . وإن ساد القول فى الفقه على

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٨ فى الحاشى .

(٢) راجع : السهورى « الوسيط » ج ٢ نبة ٩٠٧ و ٩٠٨ .

(٣) انظر : حشمت أبوسيت ، المرجع السابق نبة ٦٣٧ - أنور سلطان ، المرجع السابق نبة ٣٩٢ - عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبة ٣٨٩ - جمال الدين زكى ، المرجع السابق ٢٣٠ .

غير ذلك . على نحو وصل من الشيوخ حدّاً جعله بطرق أسماعنا على اعتبار أنه حقيقة مسلمة : في حين أنه لا يعدو أن يكون قولاً خادعاً . فالقانون لا يقرر أبداً إنشاء الالتزام بطريق مباشر . وإنما هو يعلق نشأته دوماً على حدوث واقعة يحددها . بالمعنى الواسع لاصطلاح « الواقعة » ، أى سواء أكانت قائمة على الإرادة أم على مجرد وقوع فعل . ففي مجال العقد . مثلاً : يعلق القانون نشأة الالتزام على توافق الإرادتين ، فيتروى بذلك إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر . لتبرز واقعة توافق الإرادتين باعتبارها المصدر القريب المباشر لنشأة الالتزام . وكذلك الشأن في الإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع . بل إن الالتزامات التي تحزى عادة نشأتها إلى القانون باعتباره مصدرها ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بالضريبة والتزامات الجوار ونحوها ، لا تعدو الحقيقة التي نقول بها . فالقانون فيها أيضاً لا يعدو أن يكون مصدرراً غير مباشر . أما مصدرها المباشر : فهو ذات الواقعة التي يرتب القانون نشأة الالتزام على حلولها : كواقعة الزوجية أو القرابة بالنسبة إلى الالتزام بالنفقة . وواقعة الكسب بالنسبة إلى الالتزام بدفع الضريبة للدولة . وواقعة الجوار بالنسبة إلى ما يطلق عليه عادة التزامات الجوار . وكان حرياً بالفكر القانوني . لوأنه التزم المطلق السليم في بيان مصادر الالتزام . أن يجعل واقعة الزوجية أو القرابة وواقعة الكسب وواقعة الجوار وغيرها من كافة الوقائع الأخرى التي يرتب القانون عليها نشأة الالتزام على نفس المستوى مع العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ، باعتبار هذه الوقائع كلها تتمثل المصدر المباشر لنشأة الالتزام . لا أن نضع مكانها القانون نفسه . الذي لا يعدو أن يكون المصدر البعيد غير المباشر . تماماً كما هو المصدر البعيد غير المباشر في مجال العقد والفعل الضار والفعل النافع . ولكن تعدد الوقائع التي تنشأ الالتزامات في غير مجال هذه المصادر الأخيرة وتباينها . إلى حد يتعذر معه حصرها . جعل مستحيلاً على الفكر القانوني أن يسردها . وهو بصدد بيان مصادر الالتزام وتقسيمها . مجامعاً بينها تحت اصطلاح « القانون » . وإن كان لا يوجد بينها في الحقيقة جامع على الإطلاق . اللهم إلا إذا كان ذلك

هو تنوعها وتشعبها إلى حد يجعل معه تأصيلها ، مع قلة أهميتها النسبية بمقارنتها مع العقد والقفل الضار والقفل النافع .

وإذا كان ماسبق ، وكانت الالتزامات التي تعزى نشأتها إلى الإرادة المنفردة تشترك كلها في الأساس الذي تقوم عليه ، وهو قيامها على الإرادة الواحدة من شخص بعينه ، وبعبارة أخرى على التصرف القانوني الصادر من جانب واحد . وإن اختلفت بعد ذلك في الأحكام الأخرى ، فإنه يكون من الأخلق أن نردها في نشأتها إلى أصلها العام المشترك ، أي إلى الإرادة المنفردة . الأمر الذي ينهض بالإرادة المنفردة إلى مرتبة المصدر المنشئ . للالتزام . وهذا الذي وصلنا إليه لا يتناقى أبداً مع النهج الذي اتبعه المشرع . بخلاف ما ذهب إليه الأستاذ السهوري . بل يتوافق معه ويتجاوب . فإذا كان صحيحاً أن المشرع لم يخص الإرادة المنفردة ، باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام بأي نص يصرح لها بهذه السلطة . إلا أنه اتخذها عنواناً لفصل قائم بذاته من الفصول التي خصص كلا منها لمصدر من مصادر الالتزام . ولا يعترض على ذلك بمقولة إن هذا الوضع اقتضاه في المشروع التمهيدى مابداً به الفصل المخصص للإرادة المنفردة من إيراد مادة تجعل منها مصدراً عاماً لنشأة الالتزام ( المادة ٢٢٨ ) . وأن هذه المادة حلفت ، فأصبح الشكل يخلفها غير متفق مع المضمون (١) . إذ أن حذف هذه المادة ، كما أفصحت الأعمال التحضيرية ، لم يجر لإلتماع الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً منطلقاً ، بمعنى أن تنشئ الالتزام في جميع الحالات أياً ما كانت ، على النحو الذي يفعله العقد والقفل الضار والقفل النافع . ولتقتصر على إنشاء الالتزام في الحالات الخاصة التي يأذن لها فيها القانون نفسه بذلك . أو اكتفاء بالحالات المنصوص عليها في القانون من أن الإرادة المنفردة تنشئ التزاماً . كما قالت الأعمال التحضيرية (٢) . بل إن هذا الذي جاءت به الأعمال التحضيرية

---

(١) انظر : السهوري ، المرجع السابق نبذة ٩٠٧ و ٩٠٨ . ويرجع الفقيه الكبير بفقه الفصل الثاني من الباب المخصص لمصادر الالتزام والذي يحمل عنوان « الإرادة المنفردة » بعد حذف المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى إلى خطأ اللجان المتعاقبة التي نظرت المشروع .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٨ في المحاشي .

وانتخذ سبياً لحذف المادة ٢٢٨ من المشروع التهيدى هو الذى تعليمه طبيعة الأمور ذاتها ، والذى تقول به بالفعل جميع القوانين التى تجعل من الإرادة المنفردة مصدراً منشأً للالتزام . وعلى رأسها القانون الأساسى الذى يعتبر ينبوع الملهم فى هذا الخصوص . فإطلاق أثر الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام ينسجم بخطورة بالغة . إذ قد نجىء تلك الإرادة اعتباراً أو فى عمرة انفعال ، من غير أن يكون صاحبها مستقراً فى الحقيقة عليها بعزم أكيد . ومن ثم لزم أن يقيد دورها فى إنشاء الالتزام على الحالات الخاصة التى يضمن فيها القانون أن نجىء على نحو ثابت ومستقر . وهذا مادعا القانون الأساسى إلى تقييد مهجة الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام وقصرها على الحالات الخاصة التى يأذن له هو نفسه بذلك بنص خاص يتضمنه <sup>(١)</sup> . وعلى نهج القانون الأساسى سارت القوانين الأخرى التى اتبعته <sup>(٢)</sup> .

وهكذا نخلص إلى أن الإرادة المنفردة تعتبر . فى ظل قانوننا المسمى . مصدراً منشأً للالتزام . ولكنها تعتبر مصدراً ضيقاً ومحدوداً . حيث إنها تقتصر . فى إنشاء الالتزام . على الحالات الخاصة التى يصرح لها فيها القانون نفسه بذلك . وبالشروط التى يقررها . بل إن الإرادة المنفردة لا تصف فى دورها الضيق المحدود . على إنشاء الالتزام . بل إنها تلعب نفس الدور . وفى نفس الحدود . بالنسبة إلى تعديل التزام قائم أو إنهائه . فليس لها أن تفعل أى شيء مما سبق إلا إذا أذن لها به القانون . وفى حدود ما يأذن فيها .

والإرادة المنفردة . إذ تعتبر مصدراً ضيقاً ومحدوداً لإنشاء الالتزام . فإنها تختلف اختلافاً جذرياً عن العقد والفعل الضار والفعل النافع . حيث يتمثل كل منها مصدراً عاماً منطلقاً وشاملاً . بمعنى أنه ينشئ الالتزام كلياً توافرت له مقومات وجوده . ومن غير أن يتقيد بحالة أو بأخرى .

---

(١) تنقضى المادة ٣٠٥ من القانون الألمانى بأن إنشاء الالتزام وتبدله عن طريق تعهر ف قانونى لا يكون إلا بمقتضى عقد بين ذوى الشأن ، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه .

(٢) انظر فى ذلك من قوانين بلادنا العربية : المادة ١/١٨٤ عراق ، والمادة ٢٥٥ من القانون الأردنى ، والمادة ١/٢٢٥ من القانون المدنى الكويتى .

٣٥١- وإن أذن القانون للإرادة المنفردة في أن تنشئ الالتزام أو تعدله أو تنهيه ، فإنه يسرى على التصرف الذى تقيمه . وتستهدف به ذاك الأمر . ما يسرى على العقد بوجه عام من أحكام القانون . إلا ما كان من تلك الأحكام متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة . وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتى طرفى العقد . وبالفسخ والدفع بعدم التنفيذ .

فأحكام نظرية العقد التى تضمها القانون المدنى فى المواد من ٨٩ إلى ١٦١ لا تسرى ، كأصل عام ، على العقد وحده . وإنما تسرى أيضاً على التصرف الصادر بالإرادة المنفردة . مع استثناء ما يتعارض من تلك الأحكام مع طبيعة هذا التصرف الأخير من حيث إنه يقوم على إرادة واحدة . وهكذا فالتصرف الصادر بالإرادة المنفردة يلزم أن يقوم على ذات الأركان الثلاثة التى يقوم عليها العقد ، وهى الرضا والمحل والسبب . كما تسرى عليه بوجه عام الأحكام المتعلقة بالأهلية وبعيوب الرضا <sup>(١)</sup> . وتلك المتعلقة بالبطان أو الإبطال ، وغير ذلك كله من أحكام القانون التى لا تتنافى مع فكرة الإرادة الواحدة . صحيح أنه لا يوجد نص فى القانون يصرح بهذا الحكم <sup>(٢)</sup> . ولكن القواعد القانونية العامة تقتضيه وتحتمه . اعتباراً بأن التصرف الصادر من جانب واحد لا يعدو أن يكون ثمرة الإرادة وإن كانت منفردة . فى حين أن العقد هو بدوره ثمرة الإرادة المزدوجة . فكان الفارق يكمن فى الانفرادية والازدواجية . وفى غيره تطبق أحكام العقد على التصرف الصادر بالإرادة المنفردة على سبيل القياس .

---

(١) انظر نقض مدنى فرنسى ١٩٧٠/٢/٩ ، Bull. civ . ج ١ رقم ٤٧ ص ٣٨ وتبيين  
Loussoarn - نقض باريس ١٩٤٨/٥/٢٤ ، دالوز ١٩٤٨-١٩٧٠ وتعليق Lerouan  
ومنفور أيضاً فى سيري ١٩٤٩-١-١٠٢ مع تعليق Delaume .  
(٢) وقد جاءت المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى نقض ، فى فقرتها الثانية ، بأن  
التصرف الصادر بالإرادة المنفردة ( اطلقت عليه الوعد الصادر من جانب واحد ) تسرى عليه  
" الأحكام الخاصة بالعقد " ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء  
الالتزام . وقد حذفت هذه الفقرة ضمن حذف المادة بأكملها . لا عذراً عن حكمها ولكن رغبة  
فى تقييد دور الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام بالحالات المنصوص عليها فى القانون وحدها .

٣٥٢- وإذا كانت الإرادة المنفردة . كما سبق لنا أن قلنا . لا تستطيع أن تنشئ الالتزام إلا في الحالات الخاصة التي يأذن لها به القانون ، فإن أهم تلك الحالات في مجال القانون المدني تتمثل في الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول . وفي الوعد بجائزة للجمهور <sup>(١)</sup> . وقد سبق لنا أن عرضنا للحالة الأولى . ونجتزئ هنا بتناول الحالة الثانية ، وذلك فيما يلي :

### ٣٥٣- الوعد بجائزة للجمهور :

الوعد بجائزة للجمهور نظام قانوني مؤداه أن يوجه شخص للناس عامة وعداً يقطعه على نفسه ويعلنه عليهم . وذلك بإعطاء جائزة معلومة لمن ينجز عملاً معيناً . كمنح مبلغ من النقود . أو أى شيء آخر . لمن يكتشف دواء لمرض عضال . أو يعثر على شيء مفقود أو على حيوان ضال ، أو يسلط بمعلومات تؤدي إلى معرفة مرتكب جريمة معينة <sup>(٢)</sup> . فيلتزم بأداء ما وعد لمن قام بالعمل . حتى لو كان قد قام به من غير نظر للجائزة . أو حتى على غير علم بها .

وإذا كان الفكر الإنساني قد عرف منذ القدم نظام الوعد بجائزة الموجه للجمهور . إلا أن من السمات الحضارية لعصرنا . لاسيما في أوروبا وأمريكا . توجيه هذا النظام إلى جلائل الأعمال التي تعود بالنفع والخير والسلام على البشرية جمعاء . كالوعد بجائزة لمن يكتشف دواء لمرض خطير . أو لمن يصل إلى اختراع مفيد . أو إلى من يوفق إلى إنتاج أدبي أو علمي فذ : أو إلى من يؤدي عملاً من شأنه أن يعزز السلام والوثام على الأرض ويبعد عنها

---

(١) ومن أهم الحالات التي تقوم فيها التصرفات على الإرادة المنفردة خارج نطاق القانون المدنى . على نحو ما هو عليه في بلادنا ، بل أهمها على الإطلاق في كل مجالات القانون بمقتضى الشاغل ، الوصية .

(٢) راجع نقض ١٩٦١/٣/٣٠ مجوعة النقض س ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢ السابقة الإشارة إليه .

كوارث الحروب وويلات القتال . واما جائزة نوبل Nobel <sup>(١)</sup> إلا مجرد مثال وإن كان حقاً مثالا رائعا فذاً وعلاقاً .

... وتوجيه نظام الوعد بجائزة لجلال الأعمال هو الذى يفسر لنا اهتمام القانون به فى وقتنا الحاضر فى كثير من البلاد الراقية . وهو السبب الذى دعا قانوننا المدنى إلى أن يهتم به بدوره . فذكره وحده فى الفصل الثانى من الباب الأول . وهو الفصل المخصص للإرادة المنفردة . وإن كان قد خصه بمادة يقيمة تقعد فى الواقع عن تنظيمه على نحو كامل شامل : وهى المادة ١٦٢ .

### ٣٥٤ — مميزات الوعد بجائزة للجمهور :

لعل من أهم ما يتميز به الوعد بجائزة موجه للجمهور الخصائص الآتية :

١ — الوعد بجائزة موجه للجمهور هو تصرف صادر من جانب واحد . فهو قائم على إرادة الواحد وحدها : ولا دخل . بالنسبة إلى ذات قيامه . لإرادة أى شخص آخر . حتى ذلك الذى ينجز العمل الموعود بالجائزة من أجله . ويترتب على ذلك أن الجائزة تثبت لمن يقوم بالعمل . حتى لو كان . عند إنجازها إياه . غير عالم بالوعد . بل حتى لو لم يعلم به أبداً (المادة ١٦٢/٦) . كما إذا مات قبل منح الجائزة . حيث يكون منحها حينئذ لورثته : اعتباراً بأنهم قد خلفوه فيها . وتلقوها تركته عنه .

٢ — الوعد بالجائزة هو وعد موجه للجمهور الناس عامة . وليس موجهاً لشخص بعينه . فإذا وجه الوعد لشخص معين ، تمثل إيجاباً له من الواعد ، حتى إذا ما قبله بضرحة أو دلالة ، قام العقد بينهما . أمام الوعد بالجائزة الموجه للجمهور : فهو ليس إيجاباً لأحد . وإنما هو يلزم صاحبه بمجرد

---

(٢) نوبل عالم سويدي . ولد فى استوكهولم ( ١٨٣٣ - ١٨٩٦ ) ، وتوصل إلى اختراع الديناميت ، وكسب من اختراعه هذا أموالاً طائلة . وجاء ، وهو يحضر ، يكفر عما يؤدى إليه اختراعه من أذى للبشرية ، فرصد جزءاً كبيراً من أمواله لأغراض خيرية . وصيماً بمنح جائزة سنوية لصاحب أنضل الإنجازات العلمية والأدبية والإنسانية التى تعود بالفائدة على نبي البشر .

وذاثة . إعمالاً لحض مشيئته ، تأسيساً على الإرادة المنفردة (١) .

٣ - لا يقوم الوعد بالجائزة بمجرد التعبير عن إرادة صاحبه بما يقتضيه ، وإنما يلزم أن يقرن هذا التعبير بالنشر عنه نشرًا جماهيريًا يتناسب مع كونه موجهاً للجمهور . وإذا كان ذلك ، فإن أى سبيل من سبل الإعلام الجماهيري يقع معتبراً . ف سواء أن ينشر الوعد في الصحف ، أم عن طريق الإذاعة أو التلفزيون ، أم عن طريق اللصق على الجدران ، أم عن طريق القراءة على الناس بعد الدق على الطبول ، أم بأى سبيل آخر من سبل الإعلام الذى ينقسم بالعمومية والشمول .

### ٣٥٥ - قيام الوعد بالجائزة :

يقوم الوعد بالجائزة بالتعبير عن إرادة صاحبه به ، وبالنشر عنه جماهيريًا بأى سبيل من سبل الإعلام ، على نحو ما يبيناه منذ قليل .

فيلزم بادئ ذي بدء ، أن يرتضى الواعد الوعد : وأن يعبر عن إرادته به ، وفقاً للقواعد القانونية العامة التى تحكم وجود الإرادة والتعبير عنها وصحة الرضاء من حيث الأهلية وعيوب الرضاء . فالوعد بالجائزة تصرف إرادى كالعقد ، وإن اختلف عنه بأن الإرادة فيه منفردة وليست مزدوجة .

وإذا كان رضاء الواعد بوعده أمراً حتمياً لا مناص عنه . فهو وحده ليس بكاف . فثمة أمر جوهرى آخر ليس عنه غناء لاعتبار الوعد بالجائزة قائماً . ويتمثل هذا الأمر الآخر في النشر الجماهيري عن الوعد بالجائزة .

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ ، طعن ٣٩/٤٨٢ ق مجموعة النقض س ٢٨ من ٥١١ رقم ٩٧ . وتحصل واقعات الدعوى التى صدر فيها الحكم في أن أشخاصاً أقروا لمخيم بنسبة معينة بما يقضى لهم به في دعوى معيته كأتساب ، وذلك في ظل قانون الهامة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، الذى كان يحظر تحديد الأتساب على هذا النحو ، فجاء المخام ، هروياً من هذا الخطر ، بحاج بأن الأمر ليس تعديداً للأتساب ، وإنما هو وعد بجائزة يخضع لحكم المادة ١٦٢ مدق . ولم تتجواب منه في ذلك محكمة النقض ، مقررّة بحق أن الوعد بالجائزة لا يكون إلا إذا وجه للجمهور ، فلا يكفى تقيامه أن يوجه الوعد إلى شخص بعينه ، حيث يشمل الوعد هنا إيجاباً من شأنه أن يفيض إلى مرتبة العقد إذا ارتبط به القبول .



الذى بدونه لا يعتبر الشخص. قد وجه للجمهور وعداً بالجائزة على نحو ما تتطلبه المادة ١/١٦٢ . فإذا ثبت أن شخصاً ما قد أراد ، في وقت محدد ، رصد جائزة تعطى لمن ينجز عملاً معيناً ، من غير أن ينشر إرادته هذه على جماهير الناس . فإن التزامه باعطاء الجائزة لا يقوم أصلاً .

وعلة وجوب النشر الجماهيرى للوعد تتمثل في أمرين . فمن ناحية أولى . تقتضى طبيعة وعدنا ذاتها ذلك النشر عنه . فما دام هو موجه للجمهور . فإنه ينبغي أن تتاح له أن يعلم به . ومن ناحية ثانية ، يتمثل النشر الجماهيرى للوعد دليلاً على أن صاحبه قد عزم أئنة عليه عزمًا نهائياً ، وأنه لم يكن وليد مجرد فكرة عفوية طارئة ، آتته في غمرة من حماس آتى موقوت .

وإذا قام الوعد بالجائزة ، فإنه يقوم محددًا بالشروط التى لرضائها الواعد ، والتى أعلنها للجماهير بنشرها عليهم . كما أنه يقوم للأجل الذى ضربه له الواعد . ونشره على الناس ، إن ضرب لبقائه أجلًا معلومًا .

### ٣٥٩- الرجوع عن الوعد :

يختلف الحكم ، بالنسبة للرجوع في الوعد . باختلاف ما إذا كان الواعد قد حدد لوعده ، أجلًا ، أم لم يحدد . فإذا كان الأمر الأول . امتنع على الواعد الرجوع في وعده الذى يبقى قائمًا وملزمًا إياه طوال الميعاد الذى حدده . ولكنه يسقط بذات نفسه بمجرد فوات هذا الميعاد . دون إخلال بالحق في الجائزة لمن أنجز العمل خلاله بطبيعة الحال<sup>(١)</sup> .

أما إذا لم يحدد الواعد ميعاداً لوعده ، ساغ له أن يرجع عنه في أى وقت يشاءه . بشرط أن يضمن رجوعه إعلاناً يذيعه على جماهير الناس على الوجه الإعلامى الذى تم عليه ذاته ، أو على أى وجه آخر مشابه في أثره .

وإذا رجع الواعد عن وعده . حالة كون ذلك سائغاً قانوناً ، فإنه لا يكون لرجوعه أثر إلا من تاريخ إعلانه للجمهور على النحو المعتبر قانوناً .

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال

ولا يؤثر من ثم في الحق في المكافأة لمن يكون قد أنجز العمل المطلوب قبل ذلك ( المادة ١٦٢ / ٢ ) .

فلذا لم يكن أحد قد أنجز العمل قبل رجوع الواعد عن وعده على النحو المعترف قانوناً . كان لمن بدأه قبل ذلك دون أن يتمه ، مطالبة الواعد بقيمة ما أنفقه من المصروفات وما بذله من جهد . إذا أثبت أنه كان من المتيسر له أن يتم العمل في وقت مناسب ، ينخفض في تقديره لقاضي الموضوع ، وبشرط ألا يزيد ما يطالب به عن قيمة الجائزة (١) .

### ٣٥٧ - أثر الوعد بالجائزة :

الوعد بالجائزة ، إذا توافرت له مقومات وجوده التي بينها . ينشئ على الواعد التزاماً بإعطاء الجائزة الموعود بها لمن ينجز العمل المطلوب . وذلك وفقاً للشروط التي يتضمنها الوعد . وتستحق الجائزة لمن ينجز العمل . حتى لو كان قد أنجزه دون نظر إليها . أو حتى على غير علم بها . وفي كل ذلك ، تقتضي المادة ١٦٢ / ١ بأنه : « ١ - من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها

(١) راجع المذكرة الإيضاحية ج ٢ ص ٣٤٠ . وقد جاء فيها أنه « إذا كان قد بدأ في تنفيذ هذا العمل ( الموعود بالجائزة من أجله ) ، دون أن يبلغ مرحلة الإنجاز ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ في هذا التنفيذ ما أنفقته ، على أن لا يجاوز في ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يعتبر الوعد الذي عدل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد في أساسه إلى أحكام المسؤولية التقصيرية ... » . ويلاحظ هنا أن المذكرة الإيضاحية ترجع أساس التزام الواعد عند عدوله ، حالة أن العمل قد بدأ فيه من قبل من غير أن ينجز ، إلى المسؤولية التقصيرية . وهذا منها غير سليم . فالتزام الواعد يقوم هنا أيضاً على أساس وعده ، اعتباراً بأن الممول عن هذا الوعد لا يكون له أثر إلا للمستقبل . ثم إن مقتضى المسؤولية التقصيرية أن يكون الواعد قد أخطأ برجوعه عن وعده ، في حين أن ذلك حق ثابت له بمقتضى القانون نفسه ( المادة ١٦٢ / ٢ ) . وانظر في نفس اتجاه المذكرة الإيضاحية : السهوي ، المرجع السابق لهذه ٩١٥ . ويرى الأستاذ الكبير بدوره أن أساس الالتزام في الحالة التي نحن بصدددها هو المسؤولية التقصيرية ، ويبنى على ذلك تقادم الدعوى به بنفس المدة التي تقادم بها دعوى التمريض الناشئة عن تلك المسؤولية ، وهو في الأصل تقادم ثلاث سنين ( المادة ١٧٢ ) . وهذا من شأنه أن يؤدي بنا إلى تناقض عجيب . ففي حين تقادم دعوى المطالبة بالجائزة عند إتمام العمل بسنة أشهر من تاريخ إعلان الممول لهجور بنص المادة ١٦٢ / ٢ ، لا تسقط تلك الدعوى عند عدم الإتمام إلا بثلاث سنوات على نحو . . . تقتضي به المادة ١٧٢ / ١ .

عن عمل معين ، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل . ولو قام به دون  
نظراً إلى الوعد بالجائزة ، أو دون علم بها .

وبلاحظ أن المشرع لم يعرض في النص السابق ولا في غيره . على  
نحو صريح ومباشر ، للحالة التي ينجز فيها العمل قبل الإعلان عن الوعد .  
فهل يستحق من قام بالعمل هنا الجائزة أم لا يستحقها ؟ والرأى عندى أن  
الجائزة تستحق حتى في هذه الحالة . ما لم يتضمن الوعد ما يخالف ذلك .  
أو كانت ظروف الحال تقضيه . ذلك أن روح نظام الوعد بجائزة تفرض  
النظر الذى ارتأيناه . فالذى يهم الواعد ودفعه إلى أن يقطع الوعد على نفسه  
هو إنجاز العمل المبغى . وسيان عنده أن يكون هذا العمل قد أُنجز قبل إعلان  
وعده أم بعده . وما دام هو في إعلانه الوعد لم يقصر الجائزة على من ينجز  
العمل مستقبلاً . صراحة كان منه ذلك أم ضمناً ، فتفسر إرادته على أنه قصد  
من الوعد أن يغطي المستقبل والماضى على سواء . ثم إن مقتضى نص المادة ١٦٢/١  
بأن ثبوت الحق في الجائزة لمن يجزى العمل . « ولو قام به دون نظر إلى  
الجائزة » . وعمومية هذه العبارة ، تمكن لها من أن تغطي من ينجز العمل قبل  
إعلان الوعد . فذاك الشخص ، على أي حال ، قد أُنجز العمل دون نظراً إلى الجائزة .  
وفضلاً عن ذلك كله . فالأعمال التحضيرية تؤيد الرأى الذى نختارناه <sup>(١)</sup> .

ولا يترتب على الوعد بالجائزة ولا على إعطائها لمستحقيها ثبوت حق للواعد  
في ثمرة العمل ، ما لم تتضمن شروط الوعد غير ذلك . فالجائزة تعطى نظير  
أداء العمل ذاته . فهي لا تتمثل مقابلاً لثمرته . ومن ثم يكون الحق في هذه  
الثمرة أو في الإفادة منها لمن قام بالعمل . فلو أن شخصاً وجه ، مثلاً .  
للجمهور وعداً بإعطاء جائزة لمن يكتشف دواء لمرض معين . ووصل  
أحد من الناس إلى اكتشافه . واستحق الجائزة من أجله : ودفع له

---

(١) راجع قرار لجنة مراجعة المشروع التمهيدى في خصوص المادة ٢٢٩ منه ، التى جاء  
فيه ، تبريراً للتعديل الذى أجري على النص ، ما يأتى : « ... والقصد من هذا التعديل أن تشمل  
الفقرة الأولى الصور التى تكون فيها جوائز يعلن عنها لجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد . »  
راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٤٥ .

بالفعل . فإن الواعد لا يصير بمجرد ذلك صاحب حق في الاختراع ، وإنما يكون هذا الحق ، سواء في جانبه الشخصي أم في جانبه المالى ، للمخترع نفسه ، وذلك ما لم يتضمن شروط الوعد ما يخالفه <sup>(١)</sup> .

ولم يعرض المشرع في النص الّقيم الذى أفرد له للوعد بجائزة الموجه للجمهور . وهو نص المادة ١٦٢ ، لمسائل كثيرة مما يمكن لها أن تثار في خصوص هذا الموضوع : نذكر منها الحالة التى ينجز فيها العمل من أكثر من واحد . والحالة التى يشترك فيها أكثر من شخص في إنجاز العمل . وإحالة التى تمنح فيها الجائزة لأحسن عمل ينجز . ولا مفر من ترك هذه الأمور ونحوها لفطنة القضاء . يفصل فيها على هدى من إرادة الواعد والقواعد القانونية العامة .

#### ٣٥٨ - تقادم الحق في الجائزة :

نصت المادة ١٦٢ / ٢ على أنه . في حالة عدول الواعد عن وعده . تسقط دعوى المطالبة بالجائزة . إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور . فلا صعوبة إذن في حالة العدول عن الوعد . إذ أن دعوى المطالبة بالجائزة تسقط بغوات ستة أشهر من تاريخ إعلان هذا العدول للجمهور من غير أن ترفع قضاء . والمدة هنا مدة سقوط للدعوى ذاتها ، فهى لا تقبل وقفاً ولا قطعاً .

وإذا كان المشرع قد عرض لسقوط دعوى المطالبة بالجائزة في حالة العدول عن الوعد بها . فهو لم يتناول أصلاً أثر فوات الزمن على الحق في الجائزة في غير تلك الحالة . وإذا كان ذلك ، وكان السقوط بفترة بالغة القصير هي ستة أشهر يتمثل حكماً استثنائياً لا ينبغي التوسع فيه . فلا مفر من إخضاع الحق في الجائزة . في غير حالة العدول عن الوعد ، للقواعد العامة . والقول بأنه يتقادم بخمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ إنجاز العمل المطلوب .

تم بحمد الله وتوفيقه

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ٢٢٩ ( مجموعة الأعمال التفسيرية - ج ٢ ص ٣٤١ ) ، وقد جاء فيها : « ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذى استحق جائزة أو حقوق منشئه فيه ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق في الإعلان » .

## فهرس تحليل

صفحة

١ . . . . . تقديم الكتاب

٣ . . . . . مقدمة

١ - تقسم الحقوق المالية : ٢ - الحق النقي . ٣ - الحق الشخصي . ٤ - موضوع الحق  
شخصي . ٥ - الحق الشخصي من زاوية الدائن حق ومن زاوية المدين التزام . ٦ - تناول  
للتزامات في إطار نظرية عامة . ٧ - نظرية الالتزام في القانون المعاصر . ٨ - أحكام  
نظرية الالتزام تتميز بالاستقرار . ٩ - أهمية نظرية الالتزام . ١٠ - المذهب الشخصي  
والمذهب المادي وتأثيرهما في نظرية الالتزام . ١١ - اقتصار الكتاب على دراسة نظرية  
المقد والإرادة المنفردة .

٢٣ . . . . . كلمة تمهيدية : الالتزام في ميلاده أو مصادر الالتزام .

١٢ - المقصود بمصادر الالتزام . ١٣ - تعدد الوقائع التي تخلق الالتزام . ١٤ - التسمي  
تقليدي لمصادر الالتزام . ١٥ - عيوب التقسيم التقليدي . ١٦ - رد مصادر الالتزام إلى  
انصرف القانوني والواقعة القانونية . ١٧ و ١٨ و ١٩ و ٢٠ - موضوع الكتاب .  
٢١ - خطة دراسة نظرية المقد .

٣٣ . . . . . باب تمهيدى : في التعريف بالمقد .

٢٢ - مناهج الباب . ٢٣ - تعريف المقد . ٢٤ - المقد والاتفاق . ٢٥ - فكرة المقد في  
الفقه الإسلامى . ٢٦ - أساس العقد . ٢٧ و ٢٨ - سلطان الإرادة في العقود .  
٢٩ - نطاق المقد . ٣٠ - أهمية نظام المقد . ٣١ - تقسيمات العقود : ٣٢ - عقود المعاوضات  
المسماة وغير المسماة . ٣٣ - العقود الرضائية والشككية والميثية . ٣٤ - عقود المعاوضات  
والمستمرة . ٣٥ - العقود الملزمة لجانبين وجانب واحد . ٣٦ - العقود الفورية  
والمستمرة . ٣٧ - العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية . ٣٨ - العقود المدنية والعقود  
الإدارية . ٣٩ - تقسيمات العقود في الفقه الإسلامى . ٤٠ - العقود في الفقه الإسلامى  
نست على سبيل الحصر .

٨٦ . . . . . الباب الأول : قيام المقد

٣٩ - تحديد أركان المقد .

٨٨ . . . . . الفصل الأول : الرضا

٤٠ - وجوب التفريق بين وجود الرضا وصحة الرضا .

صفحة

## المبحث الأول : وجود الرضاء . . . . . ٨٨

٤١ - المقصود بالرضاء في العقد والأمر الواجب لقيامه .

## المطلب الأول : الإرادة . . . . . ٨٩

٤٢ - المقصود بالإرادة ومعناها . ٤٣ - اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني .

٤٤ - إثبات توافر الإرادة .

## المطلب الثاني : التعبير عن الإرادة . . . . . ٩٣

٤٥ - وجوب التعبير عن الإرادة . ٤٦ - كيفية حصول التعبير عن الإرادة . ٤٧ - التعبير

الصريح والتبصير الضمني . ٤٨ و ٤٩ - هل يصلح السكوت تعبيراً عن الإرادة ؟

٥٠ - قيام التعبير عن الإرادة واتجاه أثره . ٥١ - إثبات اتصال التعبير بغير من يوجه

له . ٥٢ - العلول عن الإرادة . ٥٣ - أثر الموت وفقد الأهلية في التعبير عن الإرادة .

٥٤ - الاختلاف بين إرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها .

## المطلب الثالث : توافق الإرادتين . . . . . ١١٩

٥٦ - خطوات توافق الإرادتين : ٥٧ - (أ) الإيجاب . ٥٨ - الإيجاب الموجه

لمجهور . ٥٩ - مقدمات الإيجاب . ٦٠ - الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم للموجب .

٦١ - التزام الموجب بالإيجاب عند اقترانه بميجاد لقبول . ٦٢ - سقوط الإيجاب .

٦٣ - أثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب . ٦٤ - (ب) القبول : ٦٥ - خيار قبول

الإيجاب أو رفضه . ٦٦ - إلى متى يصح صدور القبول ؟ ٦٧ - (ج) ارتباط القبول

بالإيجاب : ٨٦ إلى ٧٠ - (أ) ارتباط الإيجاب بالقبول في مجلس العقد . ٧١ - (ب) التعاقد

بإرساله أو التعاقد بين الغائبين . ٧٢ - قيام الإيجاب وولى التزام الموجب بالإبقاء عليه

في التعاقد بالمراسلة . ٧٣ - التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية . ٧٤ - تحديد زمان ومكان

التعاقد بالمراسلة . ٧٥ - التعاقد بالهاتف . ٧٦ - الأمور التي يرد عليها توافق الإرادتين .

٧٧ - أثر توافق الإرادتين في قيام العقد ولزومه على طرفيه . ٧٨ - (د) بعض صور

خساسة من توافق الإرادتين : ٧٩ - العقد الابتدائي . ٨٠ - الوعد بالعقد . ٨١ - التمييز

بين الوعد بالعقد وبين الإيجاب . ٨٢ - التمييز بين الوعد بالعقد وبين العقد الابتدائي .

٨٣ - أركان الوعد بالتعاقد . ٨٤ - أثر الوعد بالتعاقد . ٨٥ - التعاقد بالعربون :

٨٦ - دلالة العربون . ٨٧ - مباشرة خيار العلول في التعاقد بالعربون . ٨٨ - وقت

مباشرة خيار العلول . ٨٩ - الأثر المترتب على مباشرة خيار العلول . ٩٠ - أثر استعانة

تفصيل الانتزاعات الناشئة عن التعاقد بالعربون . ٩١ - التعاقد بالعربون في الفقه الإسلامي .

٩٢ - التعاقد بنزاهة . ٩٣ - النزاهة أو المناقصة داخل مطروقات . ٩٤ - التعاقد

بنزاهة في الفقه الإسلامي . ٩٥ - التعاقد بالإذعان : ٩٦ - خصائص عقد الإذعان .

## صفحة

٩٧- الطبيعة القانونية لمعد الإذعان . ٩٨- كيف يتم التصاقد بالإذعان ؟ ٩٩- حماية الطرف المذعن : ١٠٠- الحماية من الشروط التصفية . ١٠١- تفسير الشك في مصدقة الطرف المذعن . ١٠٢- النيابة في التصاقد : ١٠٣- التعريف بالنيابة . ١٠٤- أنواع النيابة . ١٠٥- مجال النيابة . ١٠٦- سلطة النائب . ١٠٧- مقومات التصاقد بالنيابة : ١٠٨- قيام النيابة . ١٠٩- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصل . ١١٠- إجراء التصرف باسم الأصل وحسابه . ١١١- التصاقد بالتصغير أو بالأسم المستعار . ١١٢- أثر علم إعلان النائب صفته . ١١٣- التزام النائب حدود النيابة . ١١٤- وجوب قيام النيابة عند التصاقد . ١١٥- أثر النيابة . ١١٦- انتهاء النيابة . ١١٧- التصاقد مع النفس . ١١٨- التفرقة بين النائب والرسول .

## المبحث الثاني : سلامة الرضاء . . . . . ٢٤٣

١١٩- سلامة الرضاء تقتضي توافر الأهلية وخلو الرضاء من عيوبه . ١٢٠- التفرقة بين وجود الرضاء وسلامته . ١٢١- خطة البحث .

## المطلب الأول : الأهلية . . . . . ٢٤٤

١٢٢- لزوم أهلية الأداء . ١٢٣- الأصل هو توافر الأهلية . ١٢٤- مجال إعمال أهلية الأداء . ٢٥- أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية . ١٢٦- مناهل الأهلية . ١٢٧- تأثير الأهلية بالنسبة . ١٢٨- الولاية على مال القاصر : ١٢٩- الولي الشرعي . ١٣٠- سلطة الولي . ١٣١- الوصي . ١٣٢- سلطة الوصي . ١٣٣- تجاوز الولي أو الوصي حدود سلطته . ١٣٤- عوارض الأهلية : ١٣٥- مكرر - (أ) الجنون والمته . ١٣٥- حكم تصرفات المجنون والمعتوه : ١٣٦- قبل تسجيل قرار الحجر . ١٣٧- بعد تسجيل قرار الحجر . ١٣٨- (ب) السفه والغفلة . ١٣٩- حكم تصرفات السفه وذو الغفلة قبل الحجر . ١٤٠- حكم تصرفات السفه وذو الغفلة بعد الحجر . ١٤١- الولاية على مال المجنون والمعتوه والسفيه وذو الغفلة . ١٤٢- (ج) ذو العاهات الجسدية . ١٤٣- المحكوم عليه بمقربة الجنانية . ١٤٤- إخفاء نقص الأهلية .

## المطلب الثالث : عيوب الرضاء . . . . . ٢٩٦

١٤٥- تحديد عيوب الرضاء وخطة البحث .

## أولاً : الغلط . . . . . ٢٩٧

١٤٦- تعريف الغلط . ١٤٧- النظرية التقليدية في الغلط . ١٤٨- النظرية الحديثة في الغلط . ١٤٩- أحكام الغلط في القانون المدني المصري : ١٥٠- شروط إعمال الغلط : ١٥١- يلزم أن يكون الغلط جوهرياً . ١٥٢- اتصال الغلط بخصه الآخر .

### صفحة

٢٥٣ - انفلط في الواقع والغلط في القانون . ١٥٤ - أثر الغلط . ١٥٥ - علم التسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية . ١٥٦ - الغلط الماضي . ١٥٧ إلى ١٥٩ - فكرة الغلط في الفقه الإسلامي .

### ثانيا : التدليس . . . . . ٣٣٩

١٦٠ - تعريف التدليس ومؤاده . ١٦١ - شروط إعمال التدليس : ١٦٢ - استبعاد الطرق الاحتمالية . ١٦٣ - النكذب والكتمان . ١٦٤ - مباشرة أخيل بقصد تفصيل المتعاقد . ١٦٥ - وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به . ١٦٦ - استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر . ١٦٧ - التدليس الدافع إلى التعاقد . ١٦٨ - أثر تدليس . ١٦٧ - التدليس المتبادل من العاقدين أو التدليس المشترك . ١٦٩ - هل يفي الغلط من التدليس ؟ ١٧٠ - التدليس أو التفرير في الفقه الإسلامي .

### ثالثا الإكراه . . . . . ٣٥٤

١٧١ - ماهية الإكراه . ١٧٢ - أهمية الإكراه . ١٧٣ - شروط الإكراه : ١٧٤ - التعاقد تحت سلطان الرهبة . ١٧٥ - الرهبة الدافعة إلى التعاقد . ١٧٦ - اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر . ١٧٧ - أثر الإكراه . ١٧٨ - هل ترتب الخطيئة التأديبية على مرتبة الإكراه ؟ ١٧٩ - الرهبة المتولدة من الظروف . ١٨٠ - الإكراه في الفقه الإسلامي .

### رابعا : الاستغلال . . . . . ٣٨٦

١٨١ - ماهية الاستغلال . ١٨٢ - الفرق بين الاستغلال والغبن . ١٨٣ - نشأة نظم الاستغلال وتطوره . ١٨٤ - عناصر الاستغلال . ١٨٥ - شروط الاستغلال : ١٨٦ - شرط الأول : استغلال الغنيش البين أو الهوى الجامع . ١٨٧ - الشرط الثاني : 'تفريط' المتضرر واتسدت الصوارخ بين الأخذ والعطاء . ١٨٨ - الشرط الثالث : الاستغلال تدافع إلى التعاقد . ١٨٩ - أثر الاستغلال . ١٩٠ - سقوط دعوى الاستغلال .

### خامسا : الغبن . . . . . ٤٠٢

١٩١ - تعريف الغبن . ١٩٢ - فكرة قريحية عن الغبن . ١٩٣ - الغبن في القانون المصري .

### الفصل الثاني : اهل . . . . . ٤٠٧

١٩٤ - المقصود بالهل . ١٩٥ - شروط اهل : ١٩٦ - إمكان اهل . ١٩٧ - التزام في ملك الغير والتعهد من ضمنه . ١٩٨ - وجود الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام . ١٩٩ - التزام الشيء المستقل . ٢٠٠ - حظر التعامل في التركة المستقبلية . ٢٠١ - تعيين محل الالتزام . ٢٠٢ - مشروعية محل الالتزام . ٢٠٤ - الالتزام بدفع مبلغ من النقود .



صفحة

٤٢٨ . . . . . الفصل الثالث : السبب

٢٠٥ - تحديد المقصود بالسبب كركن في العقد . ٢٠٦ - عدم الخلط بين السبب كركن في العقد وبين السبب بمعنى المصدر المنشأ للعقد . ٢٠٧ - نشأة فكرة السبب . ٢٠٨ - دور الكنسين في نشأة السبب . ٢٠٩ - النظرية التقليدية في السبب . ٢١٠ - مهاجمة النظرية التقليدية . ٢١١ - النظرية الحديثة في السبب . ٢١٢ - السبب في اتفاقون المصري . ٢١٣ - مضمون السبب في القانون المصري . ٢١٤ - تحديد السبب في العقود الملزمة لجانبين وفي عقود التبرع . ٢١٥ - وجود السبب . ٢١٦ - مشروعية السبب . ٢١٧ - إثبات السبب . ٢١٨ - التصرف المجرد . ٢١٩ - فكرة السبب في الفقه الإسلامي .

٤٦٣ . . . . . الفصل الرابع : بطلان العقد

٢٢٠ - المقصود بالبطلان . ٢٢١ - العقد الباطل والعقد المنصم . ٢٢٢ - بطلان العقد وعدم نفاذه . ٢٢٣ - التفرقة بين البطلان والفسخ . ٢٢٤ - أنواع البطلان :

٤٦٧ . . . . . المبحث الأول : العقد القابل للإبطال

٢٢٥ - المقصود بالعقد القابل للإبطال . ٢٢٦ - حالات القابلية للإبطال . ٢٢٧ - حكم العقد القابل للإبطال : ٢٢٨ - ( أ ) مرحلة القابلية للإبطال . ٢٢٩ - ( ب ) تحديد مصير العقد القابل للإبطال : ٢٣٠ - أولاً : إبطال العقد . ٢٣١ - ثانياً : تصحيح العقد القابل للإبطال : ٢٣٢ - الإجازة . ٢٣٤ - انتقادم .

٤٧٩ . . . . . المبحث الثاني : العقد الباطل

٢٣٥ - العقد الباطل يختلف عن العقد القابل للإبطال . ٢٣٦ - حالات العقد الباطل . ٢٣٧ - تقرير بطلان العقد . ٢٣٨ - الإجازة لا تصحح العقد الباطل . ٢٣٩ - انتقادم : لا يصحح العقد الباطل . ٢٤٠ - العقد القابل للإبطال والعقد الباطل .

٤٨٧ . . . . . المبحث الثالث : أثر البطلان

٢٤١ - أثر البطلان يتركز في إعدام العقد . ٢٤٢ - أساس الالتزام بالرد . ٢٤٣ - أثر البطلان بالنسبة إلى نقص الأهلية . ٢٤٤ - حماية الغير حسن النية من إبطال العقد : ٢٤٥ - حماية الدائنين والخلف لأخص من صورة العقد . ٢٤٦ - حماية حائز المنقول بحسن نية . ٢٤٧ - حماية المتصرف إليهم في العقار . ٢٤٨ - انتقاض العقد انتهى يلحقه البطلان . ٢٤٩ - تحول العقد الباطل . ٢٥٠ - شروط إعمال نظرية تحول العقد . ٢٥١ - الخلط عند تكوين العقد .

٥٠٧ . . . . . المبحث الرابع : نظرية البطلان في الفقه الإسلامي

٢٥٢ - اتساع فكرة البطلان في الفقه الإسلامي الحنفى . ٢٥٣ - ( أ ) بالنسبة إلى قيام

صفحة

المقد : ٢٥٤ - المقد الباطل . ٢٥٥ - المقد الفاسد . ٢٥٦ - إلى ٢٥٨ - أثر المقد  
الفاسد . ٢٥٩ - (ب) بالنسبة إلى نفاذ العقد . ٢٦٠ - (ج) بالنسبة إلى لزوم العقد .

الباب الثاني : آثار العقد . . . . . ٥٢٠

٢٦١ - عرض الموضوع وبيان مناهج بحثه .

الفصل الأول : مضمون العقد . . . . . ٥٢١

٢٦٢ - عرض الموضوع وبيان مناهج بحثه .

المبحث الأول : تفسير العقد . . . . . ٥٢١

٢٦٣ - تفسير العقد بما قصده الإرادة المشتركة لعاقديه من عباراته ٢٦٤ - (أ) وشرح  
عبارة العقد . ٢٦٥ - (ب) غرض عبارة العقد . ٢٦٦ - تفسير الشك لمصلحة من يضره  
الشرط الفاسد . ٢٦٧ و ٢٦٨ - تفسير العقد من سلطة قاضي الموضوع ، مدى القسعة  
وحدودها .

المبحث الثاني : تحديد مضمون العقد . . . . . ٥٣٤

٢٦٩ - الأحكام التي يتضمنها العقد .

الفصل الثاني : القوة الملزمة للعقد . . . . . ٥٣٨

٢٧٠ - العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأيهما أن يستقل بنقضه أو بتعديل أحكامه .

نظرية الظروف الطارئة . . . . . ٥٤٠

٢٧١ - مدى نظرية الظروف الطارئة . ٢٧٢ - نشأة النظرية : ٢٧٣ - الكنديون  
أول من بشر بالنظرية . ٢٧٤ - مدونة نابليون لا تأخذ بالنظرية ولكن القضاء الفرنسي  
الإداري يعتمدها . ٢٧٥ - القسطنطين المديني يقر النظرية ٢٧٦ - شروط تطبيق  
النظرية . ٢٧٧ - مدى سريان النظرية . ٢٧٨ - الظروف الطارئة والعقود الاحتمالية .  
٢٧٩ - أثر الظروف الطارئة . ٢٨٠ - نظرية الظروف الطارئة لمصلحة المدين ويلزمه  
التمسك بها . ٢٨١ - نظرية الظروف الطارئة من النظام العام . ٢٨٢ - نظرية الظروف  
الطارئة والقواعد العامة .

الفصل الثالث : نسبية آثار العقد . . . . . ٥٦٩

٢٨٣ - تحديد مضمون قاعدة نسبية آثار العقد .

## المبحث الأول : انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف ولذاتين ٥٧٠

٢٨٤ - انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين . ٢٨٥ - انصراف آثار العقد إلى الخلف :  
٢٨٦ - انصراف آثار العقد إلى الخلف العام . ٢٨٧ - انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص . ٢٨٨ - تأثير الدائنين بمقود المدين .

## المبحث الثاني : عدم انصراف آثار العقد إلى الغير ٥٨٤

٢٨٩ - العقد لا يضر الغير ولا ينفعهم . ٢٩٠ - (أ) العقد لا يضر الغير : ٢٩١ - التصهد عن الغير . ٢٩٢ - أثر التصهد عن الغير : ٢٩٣ - التصهد عنه يرقض الأمر التصهد به . ٢٩٤ - التصهد عنه لا يقبل الأمر التصهد به . ٢٩٥ - التصهد عن الغير لا يشتمل إخلالاً بمبدأ أن العقد لا يضر الغير . ٢٩٦ - (ب) العقد لا ينفع الغير : ٢٩٧ - الاشتراط لمصلحة الغير : ٢٩٨ - مميزات الاشتراط لمصلحة الغير . ٢٩٩ - الأمور اللازمة في الاشتراط . ٣٠٠ - آثار الاشتراط : ٣٠١ - (أ) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشتري والمشتري . ٣٠٢ - (ب) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشتري والمشتري . ٣٠٣ - (ج) آثار الاشتراط في العلاقة بين المشتري والمشتري . ٣٠٤ - حق المشتري ينشأ من عقد الاشتراط . ٣٠٥ - الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو غير محدد . ٣٠٦ - قبول المشتري الحق المشتري لمصلحته . ٣٠٧ - نقض الاشتراط .

## الفصل الرابع : تنفيذ العقد ٦٠٥

٣٠٨ - تنفيذ العقد بحسن نية . ٣٠٩ - كيفية تنفيذ الالتزامات . ٣١٠ - المسؤولية عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد .

## الباب الثالث : انحلال العقد ٦١٠

٣١١ - عرض الموضوع وبيان مناهج بحثه .

## الفصل الأول : فسخ العقد ٦١١

٣١٢ - تحديد المقصود بفسخ . ٣١٣ - نشأة الفسخ وقسميه . ٣١٤ - مجاز الفسخ . ٣١٥ - خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ . ٣١٦ - شروط الفسخ . ٣١٧ - كيف يتقرر الفسخ : ٣١٨ - أولاً : الفسخ القضائي . ٣١٩ - سلطة القاضي بزيادة الفسخ القضائي . ٣٢٠ - ثانياً : الفسخ القانوني أو الاتفاق . ٣٢١ - النزول عن الشرط الفسخ الصريح . ٣٢٢ - أثر الفسخ . ٣٢٣ - أثر الفسخ في العقود المستمرة . ٣٢٤ - جواز الحكم بالتمويض مع الفسخ . ٣٢٥ - التخالف مع الأحكام العامة في الفسخ : ٣٢٦ - الشرط القاسي في إيجار الأماكن . ٣٢٧ - القس في بيع المروض . ٣٢٨ - حماية الغير حتى النية من آثار الفسخ .

صفحة

٦٤٧ . . . . . نظرية الفسخ في الفقه الاسلامي

٣٢٩ - الفقه الإسلامي لا يعرف نظام الفسخ على نحو ما هو مقرر في القانون المعاصر .

٦٥٠ . . . . . الفصل الثاني : انفساخ العقد

٣٣٠ - مؤدى انفساخ العقد . ٣٣١ - شروط الانفساخ . ٣٣٢ - هلاك محل الالتزام  
مختلفاً شيئاً آخر . ٣٣٣ - أثر الانفساخ .

٦٦٠ . . . . . الفصل الثالث : التفاضل أو الإقالة

٣٣٤ - مؤدى التفاضل أو الإقالة أو التفاضل . ٣٣٥ - انعقاد الإقالة . ٣٣٦ - أثر الإقالة .  
٣٣١ - كيفية حصول الإقالة .

٦٦٦ . . . . . الفصل الرابع : الدفع بعدم التنفيذ

٣٣٧ و ٣٣٨ - مؤدى نظام الدفع بعدم التنفيذ . ٣٣٩ - نشأة نظام الدفع بعدم التنفيذ .  
٣٤٠ - أساس الدفع . ٣٤١ - شروط التسك بالدفع . ٣٤٢ - تقييد التسك بالدفع  
بقاعدة عدم جواز إعادة استعمال الحق وبفكرة تنفيذ العقد بحسن نية . ٣٤٣ - كيفية  
التحك بالدفع . ٣٤٤ - أثر الدفع . ٣٤٥ - الدفع بعدم التنفيذ والحقوق الجس .

٦٧٦ . . . . . الباب الرابع : الإرادة المنفردة

٣٤٦ - الفكر القانوني والإرادة المنفردة : ٣٤٧ - النظرية الفرنسية . ٣٤٨ - نظرية  
الألمانية . ٣٤٩ - تقارب النظريتين . ٤٥٠ - الإرادة المنفردة في القانون المصري .  
٣٥١ - سريان أحكام العقد على التصرف بالإرادة المنفردة ومداها . ٣٥٢ - أهم الحالات  
التي ينشأ فيها الالتزام بالإرادة المنفردة : ٣٥٣ - الوعد بمجازة لمجهور : ٣٥٤ - مميزات  
الوعد . ٣٥٥ - قيام الوعد . ٣٥٦ - الرجوع عن الوعد . ٣٥٧ - أثر الوعد بالمجازة .  
٣٥٨ - تقادم الحق بالمجازة .

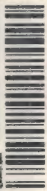






192

Bibliotheca Alexandrina



0593993

